

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO**

LARISSA FERRAZ KOTESKI

**A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E O ACESSO À JUSTIÇA DA SOCIEDADE
CIVIL: APONTAMENTOS CRÍTICOS SOBRE A LEGITIMIDADE ATIVA DA LEI N.º
8.429/92**

**CURITIBA
2012**

LARISSA FERRAZ KOTESKI

**A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E O ACESSO À JUSTIÇA DA SOCIEDADE
CIVIL: APONTAMENTOS CRÍTICOS SOBRE A LEGITIMIDADE ATIVA DA LEI N°
8.429/92**

Monografia apresentada no Curso de Graduação em
Direito, do Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade
Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do
grau de bacharel em Direito.
Prof. Orientador: Dr. Elton Venturi.

**CURITIBA
2012**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO**

**A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E O ACESSO À JUSTIÇA DA SOCIEDADE
CIVIL: APONTAMENTOS CRÍTICOS SOBRE A LEGITIMIDADE ATIVA DA LEI N°
8.429/92**

Monografia de conclusão de curso aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, no Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela Comissão formada pelos professores:

ORIENTADOR: _____

Prof. Dr. Elton Venturi

Prof. Dr. Clayton de Albuquerque Maranhão

Prof^a. Dr^a. Angela Cassia Costaldello

Curitiba, 03 de dezembro de 2012.

*À minha avó Conceição Aparecida Koteski,
que, onde quer que esteja, certamente está
orgulhosa.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por ter me dado a sabedoria de optar por um curso pelo qual hoje sou apaixonada, no qual me encontrei verdadeiramente.

Agradeço aos meus pais, Marcos e Bernadeth, pelos valores ensinados ao longo da vida e pelo amor incondicional. A eles devo tudo o que sou.

Agradeço às minhas irmãs, Paolla e Rebeca, que são o meu porto seguro para tudo, em todos os momentos.

Agradeço aos meus familiares, em especial à minha tia Márcia, pelo suporte psicológico incondicional nos momentos mais difíceis.

Agradeço aos amigos e colegas que fiz na faculdade, em especial a Patrícia, Anaíse, Amanda e Luís, não tanto pelas horas dedicadas à faculdade em si, mas principalmente pelos momentos de diversão mundo afora.

Agradeço ao meu chefe, Desembargador Carlos Eduardo Andersen Espínola, que há quatro anos vem me auxiliando nessa caminhada, com ensinamentos jurídicos e abertura de novas portas.

Agradeço aos mestres com os quais tive a oportunidade de conviver na UFPR, cujas lições certamente me fazem sentir preparada e segura para a nova etapa que se inicia.

Por fim, agradeço ao Professor Doutor Elton Venturi, o qual, pela sua brilhante exposição crítica na disciplina “Processo Coletivo”, me fez optar pelo tema, e aos Professores Doutores Clayton de Albuquerque Maranhão e Angela Cassia Costaldello, que gentilmente aceitaram participar da banca avaliadora.

RESUMO

A improbidade administrativa consubstancia na realidade brasileira um dos principais fatores de entrave social e econômico, haja vista estar diretamente relacionada aos detentores do poder, grandes interessados na manutenção de tal contexto. Diante disso, mostra-se relevante, a partir de uma visão instrumental e axiológica, a análise do aparato processual existente no ordenamento jurídico brasileiro para o controle dos atos ímprobos, porquanto tal arcabouço interfere diretamente na consecução do efeito prático pretendido e, assim, no acesso à justiça da sociedade civil contra a corrupção. Há, atualmente, no nosso ordenamento jurídico, três instrumentos coletivos de controle de referidos atos, quais sejam, a ação popular, a ação civil pública e a ação de improbidade. Contudo, apesar da possibilidade de veicularem este mesmo interesse difuso, tais ações possuem peculiaridades, relevando-se, nesse viés, a proporcionalidade inversa entre os respectivos róis de legitimados ativos e a extensão dos pedidos possíveis. E, a partir de uma análise das características históricas da sociedade civil brasileira, apática aos desmandos governamentais corruptivos, nota-se que a opção legislativa para a restrição da legitimidade ativa da ação de improbidade administrativa ao Ministério Público e à pessoa jurídica interessada configura uma escolha de poder, já que as sanções previstas na Lei nº 8.429/93 podem atingir diretamente o poderio privado interessado na continuidade dos atos de improbidade administrativa, bem como os próprios legisladores.

Palavras-chave: improbidade administrativa; corrupção; acesso à justiça; instrumentalidade do processo; processo coletivo; detentores do poder.

ABSTRACT

The administrative misconduct in the Brazilian reality embodies one of the main factors of social and economic obstacle, considering to be directly related to those in power, great interested in maintaining such an environment. Therefore, proves relevant, from an instrumental view and axiological, the analysis of existing procedural apparatus Brazilian legal system to control the dishonest acts, as this framework directly interferes with achieving the desired practical effect and thus in access to justice in civil society against corruption. There are, currently, in our legal system, three collective instruments of control such acts, namely, the class action, class actions and the actions of misconduct. However, despite the possibility of transmitting this same diffuse interest, such actions have peculiarities, revealing, in this bias, the inverse proportionality between the respective sterols of legitimate assets and the extent of possible applications. And from a historical analysis of the Brazilian civil society's characteristics, apathetic of the government excesses of corruption, it is possible to realize that the legislative option to restrict the action of active legitimacy of administrative misconduct to the Public Prosecutor and the person concerned constitutes a legal choice power, since the penalties provided in Law nº 8.429/93 can directly reach the private power interested in continuing acts of administrative misconduct, as well as the legislators themselves.

Key words: administrative misconduct; corruption; justice access; process instrumentality; collective process; power holders.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO 1- DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS	
1.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS	11
1.2 A SISTEMATIZAÇÃO DOS INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	12
1.3 A LEGITIMIDADE ATIVA DOS INTERESSES DIFUSOS	15
1.4 A PROIBIDADE ADMINISTRATIVA COMO INTERESSE METAINDIVIDUAL DIFUSO DO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO.....	17
CAPÍTULO 2 - A TUTELA DOS INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS E O ACESSO À JUSTIÇA: VISÃO INSTRUMENTAL DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	
2.1 A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO.....	20
2.2 O ACESSO À JUSTIÇA.....	21
2.3 O VIÉS INSTRUMENTAL DO PROCESSO COLETIVO BRASILEIRO.....	23
2.4 A SOCIEDADE CIVIL BRASILEIRA E O ACESSO À JUSTIÇA: A NECESSÁRIA VISÃO INSTRUMENTAL DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	26
CAPÍTULO 3 - ASPECTOS PROCESSUAIS DOS INSTRUMENTOS DE CONTROLE DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	
3.1 AÇÃO POPULAR	
3.1.1 Considerações Gerais.....	30
3.1.2 Legitimidade Ativa.....	32
3.1.3 Pedido.....	33
3.1.4 A moralidade administrativa como causa de pedir autônoma.....	35
3.2 AÇÃO CIVIL PÚBLICA	
3.2.1 Considerações Gerais.....	38
3.2.2 Legitimidade Ativa.....	40
3.2.3 Pedido.....	44
3.3 A AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	
3.3.1 Considerações Gerais.....	46
3.3.2 Legitimidade Ativa.....	49
3.3.3 Pedido.....	54
3.3.4 Sanções Cabíveis	55
CAPÍTULO 4 - APONTAMENTOS CRÍTICOS SOBRE A LEGITIMIDADE ATIVA DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	
4.1 A LEGITIMIDADE DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA COMO UMA ESCOLHA LEGISLATIVA DE PODER.....	60
4.2 O PAPEL DOS OPERADORES DO DIREITO NA INTERPRETAÇÃO DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	63
4.3 PROPOSTAS DOUTRINÁRIAS PARA A ABERTURA DA LEGITIMIDADE ATIVA DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA AOS CIDADÃOS E ÀS ASSOCIAÇÕES CIVIS.....	65

4.3.1 Cidadãos	67
4.3.2 Associações Cívicas	68
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	74

INTRODUÇÃO

O vocábulo “improbidade” advém do grego *improbitate* e possui como significado “desonesto”. No Brasil, a improbidade administrativa é um dos principais entraves enfrentados pela sociedade, uma vez que a corrupção, o descaso e o desperdício dos administradores fazem retroceder o processo de pleno desenvolvimento das estruturas sociais, econômicas, políticas e culturais.

Na opinião de José Roberto Pimenta Oliveira, ela é uma das principais causas de proliferação de desigualdade, pobreza, e exclusão, impeditiva do almejado desenvolvimento nacional, sem o qual não se alcançará o bem de todos. Isso porque somente uma organização política fundada na virtude cívica de seus agentes públicos e cidadãos encontra a possibilidade de efetivamente respeitar e promover os direitos fundamentais, individuais e sociais, positivados em homenagem à dignidade humana¹.

Constitucionalmente prevista, no título que diz respeito à organização do Estado, especificamente no capítulo que trata da regulação e proteção da administração pública, a ação de improbidade administrativa está veiculada no artigo 37, §4º, da Carta Magna, o qual dispõe que os atos ímprobos dos administradores 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.

Como regulamentação de tal dispositivo constitucional, foi promulgada - em pleno mandato de Presidente da República que seria retirado do cargo por meio de *impeachment*, por afronta à probidade na Administração - a Lei nº 8.429/92, cujo conteúdo configura instrumento processual que objetiva apurar e punir a ocorrência de ilícitos na administração pública direta e indireta, bem como recuperar os prejuízos em favor dos cofres públicos. Frise-se, entretanto, que mesmo passados 20 anos da edição da denominada “verdadeira lei anticorrupção”², a aplicabilidade do mencionado texto legal ainda não se encontra pacificamente assentada no regime jurídico punitivo brasileiro, de sorte a ainda existir profunda controvérsia sobre a sua intelecção.

¹ OLIVEIRA, J. R. P. **Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 21

² HORTA, R. M. Improbidade e Corrupção. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 236, p. 127, abr./jun. 2004.

De qualquer forma, deve-se mencionar que, mesmo antes da existência da Lei nº 8.429/1992, os denominados atos de improbidade administrativa já poderiam ser atacados por outras vias processuais coletivas. Cite-se, nesse vértice, a ação popular, prevista constitucionalmente no inciso LXXIII do art. 5º e regulamentada pela Lei nº 4.717/65, e ação civil pública, veiculada na Lei nº 7.347/85.

Nesse sentido, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves ressaltam que a ação popular vem desempenhando importantíssimo papel na tutela dos interesses difusos, voltando-se, nos termos da atual previsão constitucional, ao resguardo do patrimônio público, da moralidade administrativa, do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural³. Ainda, os mesmos autores mencionam que a ação civil pública “se volta à tutela de tais interesses, aperfeiçoando a malha protetiva inaugurada, nos anos sessenta, pela ação popular. De comum entre as duas tem-se, assim, como soa evidente, serem ferramentas voltas ao resguardo de interesses difusos”⁴.

Por sua vez, e no mesmo sentido, Teori Albino Zavascki assevera que “há entre elas um ponto comum de identidade: as três, direta ou indiretamente, servem ao objetivo maior e superior de tutelar o direito transindividual e democrático a um governo probo e a uma administração pública eficiente e honesta”⁵.

Contudo, há aspectos relevantes a distinguirem os três instrumentos processuais coletivos, sendo que, quando o objeto for especificamente ato de improbidade administrativa, as consequências serão diversas para o processamento por uma ou outra via.

Diante disso, marcante é a proporcionalidade inversa entre a extensão dos pedidos de cada uma dessas ações e quantidade de legitimados ativos para tal. Isso porque, enquanto na ação de improbidade administrativa há possibilidade de punição pelo ato nos exatos termos do artigo 37, §4º, da Constituição Federal de 1988 (CF88), na ação popular o que se pode pedir é apenas a anulação do ato lesivo e a condenação em perdas e danos ou em restituição de bens e valores, e, na ação civil pública, obrigação de fazer ou não-fazer, eventualmente cumulada com obrigação pecuniária.

³ GARCIA, E.; ALVES, R. P. **Improbidade Administrativa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 614.

⁴ Ibidem.

⁵ ZAVASCKI, T. A. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 94.

Assim sendo, somente através do instrumento processual previsto na Lei nº 8.429/1992 é que se pode punir o agente ímprobo na plenitude disposta na Magna Carta, com a efetiva suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário.

Em relação aos sujeitos legitimados ativamente, por sua vez, tem-se que podem ajuizar ação de improbidade administrativa da Lei nº 8.429/1992 somente o Ministério Público e a pessoa jurídica de direito público interessada, conforme se depreende pelo seu artigo 16. Por seu turno, tem legitimidade para propor ação popular o cidadão, ou seja, pessoa física, singular, que, agindo como substituto processual, atuará em nome do povo. Para a ação civil pública, finalmente, podem ser sujeitos ativos os elencados no artigo 5º da Lei nº 7.347/85, a saber, o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, as autarquias, as empresas públicas, as fundações, as sociedades de economia mista e as associações que, constituídas a pelo menos um ano, tenham a finalidade determinados interesses metaindividuais.

Diante desse quadro, o que pretende o presente estudo é analisar, sob um viés processual-instrumental, com enfoque no acesso à justiça, a atual conjuntura de controle dos atos de improbidade administrativa no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no que diz respeito à proporção inversa acima apontada.

Além disso, tem-se como objetivo estudar de que maneira a estrutura do Direito processual coletivo, mormente no que se refere aos sujeitos ativos para a propositura da ação de improbidade administrativa, está relacionada à efetividade do direito material em questão e ao acesso à justiça da sociedade civil (cidadãos e associações civis) ao controle da atuação da administração pública.

Então, no primeiro capítulo será discorrido sobre os direitos transindividuais, com ênfase nos interesses difusos, já que a probidade administrativa, no advento da CF88, passou a assim ser considerada no ordenamento brasileiro. Ademais, tratar-se-á brevemente sobre a problemática da legitimidade ativa para a tutela dos interesses difusos em geral.

Por sua vez, o tema do segundo capítulo será a instrumentalidade do processo e o acesso à justiça. E, a partir disso, também será abordada a necessidade de se dispensar uma visão instrumental, axiológica e comprometida à temática.

No terceiro capítulo, serão explanados os instrumentos coletivos de controle da improbidade administrativa existentes no ordenamento jurídico brasileiro (ação popular, ação civil pública e ação de improbidade administrativa), bem assim as suas peculiaridades, especialmente no que diz respeito à legitimidade ativa e à extensão dos pedidos possíveis.

Enfim, no quarto capítulo expor-se-á de que maneira a legitimidade ativa para a propositura da ação de improbidade administrativa configura uma opção legislativa de poder; também, serão abordados o papel do operador do direito na exegese dos atos de ímprobos e as propostas doutrinárias para a abertura do rol de legitimados para a propositura da ação da Lei nº 8.423/92 aos cidadãos e às associações civis.

1 OS INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS

1.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Segundo Teori Albino Zavaski, os direitos coletivos ou transindividuais são aqueles “cuja titularidade é subjetivamente indeterminada, já que pertencentes a grupos ou classes de pessoas”⁶. São, desta forma, os direitos que, transcendendo a esfera subjetiva de cada um, perpassam os indivíduos. Diante de tal definição, algumas considerações preliminares e terminológicas devem ser tecidas.

Primeiramente, em que pese parte da doutrina admitir a percepção dos interesses apenas como públicos ou privados (teoria da dicotomia), a posição que aqui se adotará é a defendida por Mauro Cappelletti, referida por Pedro Lenza, segundo a qual há, entre as mencionadas esferas, um grande abismo “a ser ocupado e preenchido pelos interesses metaindividuais, caracterizados pela transcendência sobre o indivíduo e por se alocarem entre o Estado (público) e o ente privado, atomisticamente considerado (tricotomia)”⁷. Nesse sentido, conforme afere este autor, a dicotomia clássica entre “público-privado” se mostra superada e insuficiente perante a complexa realidade do mundo moderno.

Ainda, insta ressaltar a indistinta utilização que será feita das expressões “direito” e “interesse”. Isso porque, diferentemente da doutrina clássica, que prefere usar o vocábulo “direito” apenas quando a titularidade do interesse tutelado pertencer a um sujeito perfeitamente determinável⁸, autores como Antonio Gidi, Calmon de Passos e Marcelo Navarro Ribeiro Dantas⁹ coadunam com a tese de que não é possível atribuir subjetividade jurídica (direito subjetivo) aos interesses transindividuais, de maneira a referir, pois, “direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos”. No mesmo sentido, José Luiz Bolzan de Moraes afirma que

abstraindo-se o conceito de direito subjetivo de sua vinculação à tradição liberal, poder-se-ia, então, inferir um novo conteúdo para o mesmo, no qual a subjetividade diria respeito não mais a um certo indivíduo mas, isto sim, seria uma subjetividade própria da condição humana, sendo, assim, vinculada ao gênero e não ao ‘specimen’ isolado.¹⁰

⁶ *Op. cit.* p. 15.

⁷ LENZA, P. **Teoria Geral da Ação Pública**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 57.

⁸ *Idem.* p. 47.

⁹ *Apud* Lenza (p. 47).

¹⁰ MORAIS, J. L. B. **Do direito social aos interesses transindividuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 112

Por derradeiro, cumpre salientar que, como a doutrina majoritária¹¹, os qualitativos “transindividuais” e “metaindividuais” também serão aqui utilizados como sinônimos. Em posição contrária, apenas a título de citação, José Luis Bolzan de Moraes ressalta que, apesar deste último ser amplamente utilizado pela doutrina, em se tratando de interesses envolvendo conjuntos de interessados, importa referendar a ideia de que se trata de pretensões que, embora ultrapassem o indivíduo singularmente definido, perpassam-no. Assim, o prefixo “trans” permitiria apreender a ideia de que o interesses ora debatidos, apesar de comuns(nitários), tocam imediata e individualmente cada componente desta coletividade, ao passo que a consagração do prefixo “meta” importaria uma perspectiva de algo que esteja alheio e acima do indivíduo, sem tocá-lo de alguma forma¹².

Dessa forma, feitas as considerações preliminares e terminológicas pertinentes, passar-se-á à análise da sistematização dos interesses transindividuais e individuais homogêneos no ordenamento jurídico brasileiro.

1.2 A SISTEMATIZAÇÃO DOS INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A doutrina processualista, especialmente a italiana, conferindo ênfase ora no caráter subjetivo, ora no aspecto objetivo, elenca dois grandes modelos de classificação dos interesses metaindividuais.

O primeiro determina a esfera dos interesses com fulcro na qualificação normativa de seu portador, sendo exemplificado, na obra “Le azione a tutela di interessi collettivi: atti del Convegno di Studio” de Gianinni, o interesse difuso como “anônimo” e o coletivo como titularizado por um ente representativo de um grupo não ocasional¹³. O segundo, por seu turno, destaca as características do bem objeto do interesse, a exemplo da indivisibilidade e da fruição plúrima¹⁴ daqueles entendidos como interesses difusos.

No ordenamento jurídico pátrio, diferentemente, percebe-se uma aproximação dos modelos, importando para a identificação dos direitos metaindividuais, na

¹¹ Utilizam a terminologia, indistintamente, Pedro Lenza, Rodolfo Macuso, Ada Pellegrini Grinover, entre outros.

¹² *Op. cit.* p. 126.

¹³ *Apud* Lenza (p. 66).

¹⁴ *Op. cit.* p. 67.

mesma intensidade, tanto a qualificação normativa de seu portador quanto a natureza jurídica do bem objeto de tutela e fruição. Exemplificando, Ada Pellegrini Grinover menciona dois traços essenciais dos interesses difusos:

uma, relativa à sua titularidade, pois pertence a uma série indeterminada de sujeitos (...). Outra, relativa a seu objetivo, que é sempre bem coletivo, insuscetível de divisão, sendo que a satisfação de um interessado implica necessariamente a satisfação de todos, ao mesmo tempo em que a lesão indica a lesão de toda a coletividade (...)¹⁵.

Referida aproximação, aliás, é evidentemente perceptível no Código de Defesa do Consumidor (CDC - Lei nº 8.078/90), que, ao sistematizar e classificar os interesses metaindividuais em difusos, coletivos e individuais homogêneos, levou em consideração ambos os aspectos mencionados.

Entretanto, como assevera Teori Albino Zavascki, não se pode confundir direito coletivo com defesa coletiva de direitos. É que:

Direitos coletivos são direitos subjetivamente *transindividuais* (= sem titular individualmente determinado) e materialmente *indivisíveis*. (...). Ou seja: embora indivisível, é possível conceber-se uma única unidade da espécie de direito coletivo. (...). Já os direitos individuais homogêneos são, simplesmente, direitos subjetivos individuais. A qualificação *homogêneos* não altera nem pode desvirtuar essa sua natureza. É qualitativo utilizado para identificar um conjunto de direitos subjetivos individuais ligados entre si por uma relação de afinidade, de semelhança, de homogeneidade, o que permite a defesa coletiva de todos eles.¹⁶

Temos previsão, então, no nosso ordenamento, tanto da tutela de direitos coletivos, como da tutela coletiva de direitos: trata-se, respectivamente, dos interesses transindividuais - ou seja, coletivos *lato sensu* (nos quais se incluem os difusos e os coletivos *stricto sensu*) - e dos interesses individuais homogêneos.

Os interesses difusos são definidos no inciso I do artigo 81¹⁷ do CDC como “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas

¹⁵ GRINOVER, A. P. **A tutela dos interesses difusos** (coordenação). São Paulo: Max Limonad, 1984. p. 31.

¹⁶ *Op. cit.* p. 34. Sobre a diferenciação entre os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos: ZAVASCKI, T. A. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 36-37; LENZA, P. **Teoria Geral da Ação Pública**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 68-70.

¹⁷ Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”. São aqueles que, a exemplo do meio ambiente, da flora, da fauna e da moralidade administrativa, entendem-se simultaneamente como de todos e de ninguém individualmente.

Os coletivos, por sua vez, são colocados no inciso II do mesmo dispositivo legal como os interesses “de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”. Por serem igualmente indivisíveis, a exemplo dos direitos de uma determinada categoria sindical, aos diversos titulares deve ser dispensado idêntico tratamento.

Os individuais homogêneos, por derradeiro, são definidos no inciso III do mencionado artigo como interesses oriundos de uma origem comum, cujos titulares, ainda que indeterminados num primeiro momento, podem ser determinados no futuro. Trata-se de direitos de natureza individual, que, pela homogeneidade num dado caso, podem ser tutelados coletivamente. Destaque-se, exemplificativamente, o conhecido caso das cadernetas de poupança dos Planos Econômicos de 1987, 1989 e 1990.

A probidade administrativa, objeto central deste estudo, em vista dos princípios constitucionais da administração pública (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), classifica-se como interesse difuso, de caráter indivisível e titularizado por toda a sociedade.

Isso porque, como explica Teori Albino Zavascki, entre os vários pressupostos para que a democracia seja efetivamente vivenciada, nos moldes colocados pela CF88, um deles certamente é a existência de um governo probo, que zele pelo patrimônio público (*res publica*) e que adote, em suas práticas, os princípios da boa administração. Nesse sentido, o direito a um governo honesto, eficiente e zeloso pelas coisas possui natureza transindividual, pertencendo a ninguém individualmente, já que seu titular é o povo, em nome e em benefício de quem o poder deve ser exercido¹⁸.

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

¹⁸ *Op. cit.* p. 93.

E, mesmo que assim não fosse, ressalta Carlos Eduardo Rios do Amaral que em muitas situações o ato ímprobo do agente público pode também refletir, direta ou indiretamente, ato lesivo ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor cultural, à ordem econômica popular ou à ordem urbanística¹⁹, de forma a ser tutelável, igualmente, pelos instrumentos coletivos previstos pelo ordenamento jurídico brasileiro.

1.3 A LEGITIMIDADE ATIVA DOS INTERESSES DIFUSOS

Na visão tradicional, a legitimação para agir aparece como o poder pelo qual uma pessoa exerce o direito de ação num caso concreto²⁰. Aliás, é nesse sentido que o artigo 6º do Código de Processo Civil brasileiro (CPC) preceitua que “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”.

Entretanto, como ressaltado por Rodolfo Mancuso, a rigidez do sistema clássico de legitimação ativa vem se relativizando, o que se deve, precipuamente, à constatação da existência de direitos que, se não podem ser caracterizados como subjetivos, por não virem secundados por uma sanção e tampouco se referirem a um sujeito em particular, são, ao menos, legítimos e socialmente relevantes²¹.

Sobre o tema, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart anotam que a ideia de legitimidade para a causa nada tem a ver com a titularidade do direito material, até porque não se pode dizer, por exemplo, que alguém é titular do direito à higidez do meio ambiente (direito difuso, cuja titularidade é indeterminada). Em tais casos, assim, a *legitimatío ad causam* não deve ser concebida nos moldes do processo individual, mas sim em adequação ao processo coletivo²².

Questão de ordem prática que se coloca, então, diz respeito a quem, efetivamente, deve ser chancelada a condição de poder pleitear em juízo a tutela dos interesses difusos, bem como a que título o legitimado agiria. Isso porque,

¹⁹ AMARAL, C. E. R. **Defensoria deve propor ação de improbidade administrativa**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-jan-21/defensoria-legitimidade-propor-acao-improbidade-administrativa> - Acesso em: 19/07/2012.

²⁰ MANCUSO, R. **Interesses difusos**: conceito e legitimação para agir. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 188.

²¹ *Op. cit.* p. 166.

²² ARENHART, S. C.; MARINONI, L. G. **Manual do processo de conhecimento**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 68.

diferentemente do que ocorre com os coletivos *stricto sensu*²³, os interesses difusos não comportam a aglutinação necessária ou legal junto a certas entidades credenciadas pelo poder público. Ademais, segundo Rodolfo Mancuso, “a difusão desses interesses pode ser efêmera, contingencial: mesmo a certos grupos ocasionais deve-se admitir o acesso à justiça, sob pena de se perder, talvez, a parte mais fecunda do fenômeno coletivo”²⁴.

A título de citação, e sem pretender esgotar o tema, já que o objeto de estudo desta monografia é a legitimidade ativa para a tutela dos atos de improbidade administrativa, o autor supramencionado elenca as seguintes alternativas para uma nova visão do poder de agir em prol dos interesses difusos *lato sensu*: (a) superação da noção de justa parte, sendo que a questão central, aqui, consiste em saber se “é possível reconhecer poder de agir a um cidadão, órgão público, ou grupo social que se pretendem portadores de certos interesses cuja fluidez e indeterminação não permitem sua afetação a um titular exclusivo”²⁵; e (b) estabelecimento de que, tratando-se de interesses difusos, a legitimação seja também difusa, ou seja, aberta a todos os interessados, uma vez que “É chegado o momento de dar ‘voz e voto’ a esses interesses párias, que até agora foram esquecidos ou ignorados pela consideração simplista e equivocada de que *o que pertence a todos não pertence a ninguém*, e assim *ninguém* pode pretender a sua tutela”²⁶.

Aliás, é a partir de todo esse panorama que a tutela da probidade administrativa deve ser analisada, pois, conforme se abordará com mais apreço em seguida, esta configura um interesse difuso do ordenamento constitucional brasileiro. A legitimidade ativa para a sua tutela, pois, deve ser justificada não pela titularidade do direito material em questão, mas sim pela relevância social de que a administração pública seja exercida de maneira honesta, proba e conforme os preceitos constitucionais.

²³ Para Rodolfo Mancuso, entre os interesses “coletivos” *stricto sensu* e os “difusos” existe uma diferenciação de intensidade, de grau de agregação: “os primeiros, melhor delineados e afetos a segmentos ou categorias sociais bem definidos (por exemplo, os interesses dos metalúrgicos ou dos advogados), são representados em juízo por entidades adrede constituídas, que desempenham, mesmo, uma função *quase pública*: Sindicato dos Metalúrgicos, Ordem dos Advogados. Ao passo que os interesses difusos, por definição, não comportam agregação definitiva, seja pela indeterminação dos sujeitos (por exemplo, “os consumidores”), seja pela fluidez e generalidade do objeto (“ar atmosférico”, “qualidade de vida”). (MANCUSO, Rodolfo. **Interesses difusos**: conceito e legitimação para agir. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 178).

²⁴ *Op. cit.* p. 183.

²⁵ *Op. cit.* p. 184.

²⁶ *Idem.* p. 190.

1.4 A PROIBIDADE ADMINISTRATIVA COMO INTERESSE METAINDIVIDUAL DIFUSO DO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Conforme a redação do artigo 37, §4º, da CF88: “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.”.

Diante disso, primeiramente deve-se ressaltar que, com a positividade da mencionada regra, as considerações a aqui serem feitas tratam da improbidade administrativa como fenômeno jurídico descrito pelo Texto Constitucional, apreendendo-a, pois, como objeto dentro das inspirações morais da Constituição e das leis a ela subsequentes.

Restam afastados, dessa forma, quaisquer comentários sobre outras formas de sanções sociais ou interiores (morais), já que, conforme menciona José Roberto Pimenta Oliveira, considerando o estágio da formação social brasileira, é improvável pretender que o Estado realize o combate à improbidade exclusivamente fundado na operatividade de sanções interiores, cuja efetividade depende do nível de sensibilidade moral dos agentes públicos, e muito menos que fique a depender da adesão espontânea dos sujeitos obrigados em cumprir as exigências éticas inerentes ao desempenho da função pública²⁷. Considerando, então, que o fundamento da institucionalização das sanções pelo cometimento de atos de improbidade administrativa é retirado diretamente da Constituição, a regra estampada no artigo 37, §4º deve ser compreendida como superior formal e materialmente; em virtude disso, também, necessário se faz que sua interpretação ocorra em conformidade com a unidade do ordenamento, já que “Os Poderes Constituídos e a doutrina não podem desconfigurar a vontade constitucional”²⁸.

Assim, a partir de uma hermenêutica sistemática, pode-se retirar da Magna Carta considerável arcabouço principiológico e axiológico para a regra de proibição de condutas ímprobadas na administração pública. Nesse contexto, José Roberto

²⁷ *Op. cit.* p. 146.

²⁸ *Idem* p. 148.

Oliveira Pimenta destaca os seguintes princípios do direito público brasileiro: o fundamental da República e os gerais da moralidade, probidade e impessoalidade²⁹.

O princípio fundamental da república remete à ideia de que todos os agentes públicos estão em situação de submissão aos interesses públicos dispostos na própria Constituição ou nas legislações complementares, por meio do regime de representação em que o poder público está estruturado. Impõe, dessa forma, o domínio da isonomia, da intangibilidade e, principalmente, da legalidade dos direitos fundamentais. Por conta disso, a imputação de responsabilidade aos agentes dele deriva, já que, em rigor técnico, “todos os sistemas de controle e responsabilização que incidem sobre a atuação do Estado e de seus agentes asseguram, reiteram, reforçam e densificam o princípio republicano, demonstrando alocação nos alicerces do sistema constitucional”³⁰.

Em relação ao princípio geral da moralidade, ainda que haja divergência doutrinária a respeito de seu conteúdo³¹, o entendimento aqui adotado será o contemplado por autores como Maria Sylvia Zanella Di Pietro³² e Wallace Paiva Martins Júnior³³, qual seja, o de que o aludido princípio e a legalidade estrita constituem esferas autônomas, sendo aquele abrangido, entretanto, pela denominada legalidade em sentido amplo. Nesse sentido, a primeira autora anota que

a inserção do princípio da moralidade na Constituição é coerente com a evolução do princípio da legalidade ocorrida no sistema jurídico de outros países, evolução essa que levou à instituição do Estado Democrático de Direito (...). Isso significou repulsa ao positivismo jurídico e a ampliação do princípio da legalidade, que passou a abranger valores outros, como os da razoabilidade, boa-fé, moralidade, economicidade e tantos outros consagrados na doutrina, na jurisprudência e mesmo em regras expressas na Constituição e em normas infraconstitucionais.³⁴

²⁹ *Op. cit.* p. 159-175.

³⁰ *Idem.* p. 160.

³¹ Sobre o assunto, José Roberto Pimenta Oliveira na mesma obra menciona à p. 163: “Há, por um lado, (i) autores que vinculam o conteúdo do princípio à observância pela Administração de pautas morais sociais vigentes, em determinado tempo e local, para tal invocando as mais diversas matrizes conceituais, diferenciando-se, ainda, neste grupo, os estudiosos que não se afastam totalmente do direito positivo na abordagem. Há, por outro, (ii) autores que buscam o significado da norma no ordenamento jurídico, distinguindo-se (ii.1) aqueles que se limitam a nele visualizar a erradicação constitucional do desvio de finalidade na atividade administrativa e (ii.2) aqueles que o balizam à vista da erradicação constitucional de princípios e regras jurídicas, de conteúdo moral, na ação administrativa”.

³² DI PIETRO, M. S. Z. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 138-165.

³³ MARTINS JÚNIOR, W. P. **Probidade Administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 24-98.

³⁴ DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 880.

Por sua vez, o princípio geral da probidade relaciona-se com os conteúdos prescritivos das expressões “honestidade, lealdade, zelo e imparcialidade”³⁵, todos estes exigidos na submissão do agente público à legalidade formal e material do Estado de Direito. Remete, ademais, à fidelidade que deve haver, pelo agente público titular da competência, aos interesses da coletividade. Na dimensão jurídica, a probidade impõe sub-princípios ético-jurídicos correlatos a essas valorações, os quais são abrangidos no plano material da moralidade, expressa no *caput* do artigo 37 da CF. Ressalte-se que, como princípios, há distinção constitucional entre probidade e moralidade, estando a primeira estampada no artigo 37, §4º e a segunda no *caput* do mesmo artigo. É que, como ensina Marcelo Figueiredo: “O núcleo da probidade está associado (deflui) ao princípio maior da moralidade Administrativa; verdadeiro norte à Administração em todas as suas manifestações”³⁶.

Por derradeiro, o princípio geral da impessoalidade, cujo conteúdo axiológico a vedação dos atos de improbidade administrativa também homenageia, faz alusão à exigência de que o administrador público seja imparcial e isento. A imparcialidade compele à inclusão de todos os aspectos jurídico-materiais relevantes no curso de produção jurídica, demandando a objetividade necessária para colocar no centro do processo de interpretação e de valoração os interesses que o ordenamento filtrar a serem obrigatoriamente sopesados na solução de cada questão enfrentada³⁷. A isenção, por sua vez, remete à exigência de se levar em conta, na administração, somente os interesses públicos extraídos do sistema constitucional. Isto é, como menciona José Roberto Pimenta Oliveira, implica no abandono da busca de interesses pessoais ou de terceiros, de interesses políticos, religiosos, morais, etc., que não encarnam os interesses da coletividade tutelados pelo ordenamento jurídico no regramento da conduta funcional do administrador³⁸.

³⁵ Ver análise terminológica realizada por José Roberto Pimenta Oliveira à p. 172 da já citada obra **Improbidade Administrativa e sua autonomia constitucional**.

³⁶ FIGUEIREDO, M. **Probidade Administrativa**: Comentários à Lei nº 8.429/92 e legislação complementar. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 47.

³⁷ RIBEIRO, M. T. M. **O princípio da imparcialidade da Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 1996. p. 155.

³⁸ *Op. cit.* p. 174.

2 A TUTELA DOS INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS E O ACESSO À JUSTIÇA: VISÃO INSTRUMENTAL DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

2.1 A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO

Segundo Cândido Rangel Dinamarco, as tradicionais limitações ao ingresso à justiça, jurídicas ou de fato (econômicas, sociais), são óbices graves à consecução dos objetivos processuais. Ademais, do ponto de vista da potencial clientela do Poder Judiciário, constituem fator de decepções em face de esperanças frustradas e insatisfações que se perpetuam. Para a sociedade, primeiramente, impedem a realização de práticas pacificadoras destinadas ao estabelecimento de clima harmonioso entre os seus membros; para o Estado, ao seu turno, é fator de desgaste de sua própria legitimidade e a da dos seus institutos e do ordenamento jurídico³⁹.

Diante disso, mostra-se relevante a análise do aparato processual fornecido pelo ordenamento jurídico para a tutela de um determinado bem da vida, uma vez que implicará diretamente no sucesso, ou não, do efeito prático pretendido pelo titular do direito subjetivo em questão. Nesse sentido, o referido autor coloca que

um novo método de pensamento a ser perenemente aplicado na interpretação dos textos, dos casos particulares e do sistema processual em si mesmo. Superada a fase conceitual do direito processual civil e não mais sendo objeto de preocupações a sua autonomia nem prevalecendo a visão interna do sistema, cada vez mais nítida se torna a necessidade de encarar o processo de uma perspectiva teleológica, instrumentalista, com o reconhecimento de sua importantíssima missão perante a sociedade e as suas instituições políticas.⁴⁰

Sobre esse novo enfoque, que supera a postura meramente técnica e confere ao processo uma faceta instrumental e teleológica, Cândido Rangel Dinamarco ressalta dois aspectos. O primeiro, negativo, corresponde à instrumentalidade utilizada como elemento de contenção de distorções, no sentido de que o processo deve, sim, desmitificar princípios, regras, critérios, mas sempre com a caracterização de instrumento que não intente ir para além de suas funções, ou, conforme assevera, “instrumento cheio de dignidade e autonomia científica, mas nada mais do

³⁹ DINAMARCO, C. R.. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 321-323.

⁴⁰ Idem. p. 358-359.

que instrumento”⁴¹. Ao seu turno, o segundo, positivo, diz respeito à perspectiva exterior do processo, na qual este representa expressão sumária do próprio sistema processual e tem o dever de cumprir todos os escopos referentes às ordens jurídica, política e social. Tal efetividade processual significa

sua almejada aptidão a eliminar insatisfações, com justiça e fazendo cumprir o direito, além de valer como meio de educação geral para o exercício e respeito aos direitos e canal de participação dos indivíduos nos destinos da sociedade e assegurar-lhe a liberdade.⁴²

Em que pese ainda se estar longe do “processo ideal” – o que se deve, principalmente, aos velhos aspectos formalistas, individualistas e privatistas do Positivismo Jurídico ainda vigentes nos diversos sistemas jurídicos – a doutrina vem aos poucos construindo e consolidando um novo paradigma processual. Neste, pretende-se relativizar o binômio *substance-procedure*, com a superação dos antigos preconceitos formalistas, para que do processo possam ser retirados os melhores proveitos possíveis.

Necessária se torna, assim, a identificação das questões centrais em que as mudanças se mostram especialmente relevantes, “considerando o tempo presente e o que hoje é lícito esperar do processo”⁴³. Destaca-se, então, nesse contexto, a temática concernente ao acesso à justiça.

2.2 O ACESSO À JUSTIÇA

Segundo Ada Pellegrini Grinover, o acesso à justiça pode ser entendido como a “garantia constitucional enquadrável no direito de ação e de defesa, pelo qual a todos se assegura igual possibilidade de tutela jurisdicional”⁴⁴.

Assim, considerando-se a visão instrumentalista, mais do que o ingresso no processo, é um modo de se buscar, eficientemente, situações e/ou bens da vida que, sem a atuação jurisdicional, não poderiam ser obtidos.

Ressalte-se, entretanto, que a expressão nem sempre foi entendida de tal maneira. É que com a paulatina a passagem da visão do processo de mera técnica

⁴¹ *Op. cit.* p. 316.

⁴² *Idem.* p. 320.

⁴³ *Op. cit.* p. 322.

⁴⁴ GRINOVER, A. P. **Novas tendências do Direito Processual**. São Paulo: Forense Universitária, 1990. p. 47.

formalista a fenômeno exoprocessual, o acesso à justiça, antes considerado um “direito natural”, cuja preservação necessitava apenas de uma atuação passiva Estado, passou a ser reconhecido como garantia de suma importância para os novos direitos individuais e sociais, já que carece de sentido a titularidade de direitos desprovida de mecanismos hábeis à respectiva reivindicação.

Diante disso, extrai-se a dupla função da expressão: por primeiro, a acessibilidade igualitária de todos perante o sistema jurídico e, por segundo, a ocorrência de resultados práticos individual e socialmente justos.

Na realidade fática, entretanto, as tradicionais limitações de acesso à justiça configuram obstáculos graves à efetiva realização dos escopos processuais e, conseqüentemente, dos efeitos práticos pretendidos pelos titulares do direito material correspondente. E, segundo Cândido Rangel Dinamarco, há diversas causas para tal fenômeno, as quais estão situadas, principalmente, nos campos econômico, jurídico e psicossocial.

No que alude aos aspectos econômicos, relevam-se os custos dos processos perante o Estado (custas, taxas judiciárias, preparos adiantados, etc.) e os profissionais do Direito (advogados e peritos judiciais). Some-se a isso a defasagem da lei instituidora da denominada Assistência Judiciária (Lei nº 1.060/50), que não atende, na plenitude, as situações fáticas atuais e as reais necessidades dos demandantes desprovidos de recursos.

Em relação a tal situação, o supracitado autor ressalta não passar de solene promessa constitucional o patrocínio técnico gratuito, pois

O Estado não o oferece como deveria e prometeu; os profissionais liberais não se consideram obrigados a prestar serviço gratuito, ainda que isso seja de grande relevância social. Compreende-se a recusa dos advogados, hoje institucionalizada até em movimentos da categoria e amparada na garantia constitucional do trabalho remunerado; mesmo assim, essa atitude constitui uma entre muitas manifestações do individualismo e de descrença na Justiça, que alguma educação para a participação comunitária nos serviços desta poderá afastar.⁴⁵

Ainda no campo econômico, menciona que a incerteza dos resultados em face dos investimentos a serem feitos pelos litigantes consubstancia também entrave de difícil superação, já que, quando estes soarem desproporcionais ao risco assumido, possivelmente o titular da pretensão não exercerá o direito de ação

⁴⁵ *Op. cit.* p. 326.

correspondente. Acrescente-se, ademais, o óbice do próprio modo de ser dos processos – lentos, morosos e “fonte de incômodo para as próprias partes e testemunhas”⁴⁶.

Por sua vez, como obstáculo jurídico de estreitamento do acesso à justiça, o autor coloca a tradição individualista por nós herdada, a qual apenas em casos excepcionalíssimos admite a substituição processual. Nesse sentido, essa disciplina da *legitimatío ad causam* - que é justamente o aspecto do acesso à justiça a ser abordado no presente estudo - coloca-se em contraste às tendências solidaristas do Direito e Estado contemporâneos, porquanto “corresponde ao tratamento *atômico* tradicionalmente dado aos conflitos, sem cogitar da dimensão supra-individual que estes podem muitas vezes apresentar (...)”⁴⁷.

Por fim, no que diz respeito aos entraves psicossociais, destaca a descrença na justiça, a ignorância em relação aos direitos existentes e a inércia, por parte dos indivíduos, em exercitar a cidadania.

Tratando especificamente da improbidade administrativa e da impunidade no Brasil, Wallace Paiva Martins Júnior⁴⁸ e Mateus Bertoncini⁴⁹ entendem ser a raiz do problema de índole cultural, já que a ineficácia das legislações contrárias à corrupção se dá “por absoluta apatia das elites – as maiores beneficiárias – em reagir contra os desmandos administrativos, confirmando o que Ruy Barbosa denominou um ‘regime de impunidade’, em detrimento do povo brasileiro, sua maior vítima”⁵⁰.

2.3 O VIÉS INSTRUMENTAL DO PROCESSO COLETIVO BRASILEIRO

O artigo 5º, XXXV, da CF88, ao enunciar que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, traz à tona a garantia constitucional do direito de ação, a qual, de um lado, outorga ao Judiciário o monopólio da jurisdição e, de outro, leva à conclusão de que a (afirmação da) existência de um direito implica, obrigatoriamente, na possibilidade de manejo dos meios oferecidos pelo ordenamento jurídico.

⁴⁶ *Op. cit.* p. 328.

⁴⁷ *Idem.* p. 329.

⁴⁸ *Op. cit.* p. 1.

⁴⁹ BERTONCINI, M. **Ato de improbidade administrativa**: 15 anos da Lei 8.429/92. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 29.

⁵⁰ *Ibidem.*

É, dessa forma, a faculdade constitucionalmente garantida de levar uma pretensão a juízo e, em virtude dela, obter uma resposta satisfatória e justa, com atenção aos princípios do contraditório, da ampla defesa, da motivação dos atos decisórios, do juiz natural, entre outros.

A partir desse direito público subjetivo de invocação de tutela jurisdicional, a doutrina brasileira passou a discorrer sobre as garantias que lhe seriam correlatas, destacando, no tema, a tutela dos chamados direitos metaindividuais. É que a dedução dos instrumentos pelos quais os cidadãos podem defender e concretizar os seus direitos – sejam eles individuais ou não – deve exprimir os fins almejados pelo ordenamento como um todo, mostrando-se necessária, para tal, uma visão comprometida do processualista, denominada por Elton Venturi de “ideologia constitucional”⁵¹. De qualquer forma, em relação à renovação sistemática atinente àqueles direitos, menciona este autor ter a atual Carta Magna se revelado pródiga⁵².

Primeiramente, no âmbito do Direito material, conferiu singular destaque a valores transindividuais como o da dignidade da pessoa humana e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Na mesma esfera, dispôs expressamente no artigo 225, *caput*⁵³, sobre o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; no artigo 18, §4º⁵⁴, sobre o direito à preservação da continuidade e da unidade histórico-cultural do ambiente urbano; e, no artigo 170, V⁵⁵, sobre o direito à defesa do consumidor.

No âmbito do Direito processual, por seu turno, concebeu meios assecuratórios para a tutela e concretização dos mencionados direitos. Cite-se, nesse viés, a já referida ampliação da garantia de acesso à jurisdição, prevista no

⁵¹ VENTURI, E. **A tutela executiva dos direitos metaindividuais nas ações coletivas**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 17.

⁵² Idem. p. 18.

⁵³ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

⁵⁴ Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

§ 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei.

⁵⁵ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

V - defesa do consumidor.

artigo 5º, XXXV⁵⁶; o fortalecimento, no artigo 5º, LXXIII⁵⁷, da ação popular; a criação, no artigo 5º, LXX⁵⁸, do mandado de segurança coletivo; e a conferência de *status* constitucional, no artigo 129, III⁵⁹, à ação civil pública.

Diante dessa nova realidade, então, à sistemática do processo coletivo deve ser conferido um caráter essencialmente instrumentalista, que, em busca da melhor e mais justa efetividade da tutela jurisdicional, leva em conta as reais vicissitudes e necessidades da concretude. Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco diz que o processo deve ser um instrumento a serviço da ordem constitucional e legal, acessível a todos e a todas as suas causas, ágil e simplificado, aberto à participação efetiva dos sujeitos interessados e contando com a participação atenta do juiz sobre a instrução e sua interferência, até ao ponto em que não atinja a própria liberdade dos litigantes⁶⁰.

E é em razão das diferenças essenciais dos direitos individuais e metaindividuais que garantias constitucionais como o contraditório, a coisa julgada e a ampla defesa, devem receber nas ações coletivas novos delineamentos, provenientes das perspectivas almejadas pelas legislações que as regem.

Por isso, Elton Venturi reconhece ainda ser necessária uma revisão sobre a interpretação de princípios e de institutos processuais clássicos como a legitimidade ativa, a preclusão e a extensão dos efeitos das decisões, já que, para que se possa aludir a uma verdadeira sistemática do processo coletivo, comprometida com a efetividade da prestação da tutela jurisdicional dos direitos metaindividuais,

⁵⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

⁵⁷ LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

⁵⁸ LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

- a) partido político com representação no Congresso Nacional;
- b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

⁵⁹ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

⁶⁰ *Op. cit.* p. 32.

indispensável é a proposição de um método que permita extrair do texto constitucional os valores fundamentais a que se dirige a instrumentalidade do processo coletivo no âmbito do “Estado Social Democrático de Direito”, em que o acesso à Justiça deixa de ser mero postulado pragmático para representar a efetividade do sistema processual na busca da plena realização da ordem social, econômica e política.⁶¹

Assim sendo, considerando a estreita interligação que deve haver entre processo e o direito substancial, e que isso possui ainda mais relevância no âmbito da tutela dos direitos transindividuais, somente com a reformulação integral de conceitos e regras clássicos é que se poderá garantir, de fato, o acesso à justiça para a tutela de tais direitos e, conseqüentemente, obter a profundidade e amplitude necessárias à sua eficaz concretização.

Especificamente se tratando da proibidade administrativa – que, repise-se, sob a égide da CF88 passou a consubstanciar interesse transindividual – imperiosa se faz uma visão axiológica, comprometida com valores sociais e objetivos fixados na Constituição. Isso porque, como coloca Mateus Bertoncini, “enquanto não houver essa superação, continuar-se-á repetindo os mesmos vícios de compreensão relativamente a essa figura, cuja aceitação é pacífica socialmente”⁶².

Diante disso, passar-se-á a discorrer, especificamente, sobre a necessidade de uma nova interpretação sobre os atos de improbidade administrativa.

2.4 A SOCIEDADE CIVIL BRASILEIRA E O ACESSO À JUSTIÇA: A NECESSÁRIA VISÃO INSTRUMENTAL DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

Segundo Emerson Gabardo, a sociedade civil não pode ser entendida como um sujeito passivo submetido a intervenções procedimentais do Estado, senão que a sua afetação democrática “deve compreender elementos que permitam a existência de uma teia social em que seja realizada a expressão das diferentes identidades sociais e ampliada a liberdade de comunicação, além de efetivamente reforçada a estrutura social político-regulatória do mercado”⁶³.

Analisando-se a realidade histórica do Brasil, em virtude do tradicional predomínio do espírito privado, tanto “nas alianças políticas e nas adesões

⁶¹ *Op. cit.* p. 19-20.

⁶² *Op. cit.* p. 128.

⁶³ GABARDO, E. **Interesse público e subsidiariedade**: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 68.

partidárias”, quanto na “secular tendência a confundir instituições com pessoas”, percebe-se a ausência de um espírito público, justificada por aquele autor pelas seguintes razões: (a) surgimento tardio da imprensa e da universidade; (b) exagerado predomínio clerical; (c) implantação do privatismo; (d) ausência do hábito de revolução e resistência; (e) falta de uma autoconsciência do povo; e (f) manutenção de “arqueótipos tradicionais” na política (“as imagens das pessoas preponderam sobre os princípios e programas”) ⁶⁴.

Atualmente, em que pese a existência de institutos como a ação popular e a ação civil pública, a insuficiência do espírito público (e da consequente “vontade” em exercer a cidadania) da sociedade civil brasileira continua sendo relevante obstáculo à consecução do acesso à justiça, mormente em se tratando do controle da administração pública.

Primeiramente, porque de nada adianta a existência de instrumentos processuais se os legitimados, por vontade própria ou por desconhecimento da lei, não os utilizam; segundo, porque a apatia da sociedade em relação à corrupção faz com que os detentores do poder criem mecanismos obtusos de entraves ao seu controle (até porque são eles próprios os destinatários desse controle), dentre os quais pode-se citar as escolhas relativas a *legitimatío ad causam*.

Percebe-se, diante disso, a existência de um círculo vicioso entre a apatia da sociedade e as decisões políticas voltadas aos interesses particulares dos que exercem o poder. Isso porque, como assevera Ada Pellegrini Grinover:

Não se pode duvidar do interesse dos detentores do poder, econômico e político, no sentido de absorver o alto índice de conflitos metaindividuais criado pelos interesses difusos. E um dos meios desse controle é exatamente a institucionalização das formas de participação. Trata-se de uma tentativa de gestão racional de determinados setores da vida coletiva (...) ⁶⁵.

Assim, considerando esse panorama da realidade brasileira, bem como o já exposto sobre o acesso à justiça e a instrumentalidade do processo, necessário se

⁶⁴ *Op. cit.* p. 85.

⁶⁵ GRINOVER. A. P. **A tutela jurisdicional dos interesses difusos**. VII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil. São Paulo, 1978.

faz que, também para os atos de improbidade administrativa, dispense-se uma visão instrumental e crítica.

Nesse sentido, citando a teoria crítica de Luis Alberto Warat, Mateus Bertoncini releva a “desmistificação dos processos argumentativos”, a qual, segundo aquele, não deve ser entendida como um caminho de superação ou neutralização dos argumentos, mas sim como um instrumento interpretativo, que situa o sentido dos argumentos num plano onde o ideológico se insere não apenas epistemologicamente, mas também operativamente⁶⁶.

É que, a partir disso, ocorre a “inversão do real”, consubstanciada na capacidade de alienação dos cidadãos em virtude da subversão da verdade pela argumentação tradicional, de forma que se passe a “considerar verossímeis as construções dogmáticas tradicionalmente aceitas”⁶⁷. E, segundo aqueles autores, em se tratando dos atos de improbidade administrativa, sua correta conceituação e seus elementos, tal inversão mostra-se evidente.

Por primeiro, pela vinculação defendida por alguns autores daqueles à tipicidade penal, de forma a subverter o sentido da nova modalidade de ilícito preceituada pela Carta Magna, a qual, no artigo 37, §4º, afirma, categoricamente, “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.”.

E, segundo Mateus Bertoncini, referida desnaturação dos atos de improbidade está relacionada, essencialmente,

à manutenção do *status quo*, ou seja, daqueles detentores de poder que se beneficiam da absoluta inoperância da lei penal, e que têm se assustado, pela primeira vez na história do Brasil, com a possibilidade de serem responsabilizados por seus atos de corrupção.⁶⁸

Dessa forma, a subversão do real, na espécie, revela também o seu viés político, pois mantêm intocáveis a corrupção e os corruptos, os quais, ao assumirem suas funções, passam a fazer da coisa pública e do Estado espaço de uso pessoal

⁶⁶ *Apud* Bertoncini (p. 123).

⁶⁷ *Op. cit.* p. 123.

⁶⁸ *Op.cit.* p. 124.

e, mediante diversas práticas de abuso de poder – a exemplo do coronelismo e do nepotismo –, lesam o indisponível interesse público.

Ademais, como argumenta o mesmo autor, as diversas versões a respeito do ato de improbidade administrativa não trazem à sociedade civil e aos operadores dos direitos a necessária compreensão dessa figura constitucionalmente prevista⁶⁹. Então, mais uma vez o “sentido comum teórico” não revelaria o real, convencendo retoricamente o operador jurídico e o cidadão sobre determinadas características inverídicas da categoria, ao menos na plenitude e no formato em que foram apresentados⁷⁰. Trata-se, portanto, de opinião que se reveste e se apresenta como dominante, de sorte a ser reconhecida como natural e universal, e, conseqüentemente, recepcionada com neutralidade pelos doutrinadores, juízes, promotores, advogados, estudantes de direito e cidadãos em geral.

Diante de tudo isso, mostram-se fundamentais, para a correta compreensão da Lei de Improbidade Administrativa (LIA), a revelação do funcionamento ideológico dos argumentos e a desmistificação da neutralidade do jurista. Exige-se, do intérprete, uma análise contextualizada da norma, bem como um indispensável juízo de valor, que ultrapasse o exame meramente formal, inclusive para não justificar, pela omissão da “realidade e do social”, os deletérios efeitos produzidos pelo ciclo de corrupção que assola o país desde os seus primórdios⁷¹.

⁶⁹ Não se discorrerá no presente estudo sobre as diversas concepções existentes sobre o conceito do ato de improbidade administrativa, uma vez que escaparia os aqui limites propostos. Sobre o tema: BERTONCINI, M. **Ato de improbidade administrativa: 15 anos da Lei 8.429/1992**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

⁷⁰ *Op. cit.* p. 125.

⁷¹ *Op. cit.* p. 128.

3 ASPECTOS PROCESSUAIS DOS INSTRUMENTOS DE CONTROLE DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

3.1 AÇÃO POPULAR

3.1.1 Considerações Gerais

Conforme anota Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “a ação popular já existia no Direito Romano, com características muito parecidas ao instituto previsto no direito brasileiro, pois, por meio da *actio populari*, qualquer pessoa do povo podia dela fazer uso para a defesa de interesses da coletividade”⁷².

No Brasil, tal ação foi o primeiro instrumento processual que surgiu com características destoantes das ações judiciais “clássicas”, uma vez que, ao invés de o vindicante requerer a prestação jurisdicional para a tutela de um direito subjetivo próprio, a suscitação do Poder Judiciário ocorre para a defesa do interesse público. Em razão disso, aquela autora diz que o interesse público veiculado em ação popular “tem sido considerado um direito de natureza política, já que implica controle do cidadão sobre atos lesivos aos interesses que a Constituição quis proteger.”⁷³.

Embora a expressão “ação popular” só tenha sido adotada no advento da Lei nº 4.717, de 29/06/1965, o instituto já foi previsto nas Constituições de 1934 e 1947. No advento da Carta de 1967, por seu turno, tal ação só era cabível para a proteção do patrimônio público, uma vez que o seu artigo 150, §31 (modificado, após a Emenda nº 1 de 1969, para artigo 153, §31) continha a disposição de que “qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise a anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas”.

Ressalte-se, de todo modo, a considerável ampliação das hipóteses de cabimento do instrumento processual com a promulgação da CF88, cuja propositura passou a ser admissível nas situações de lesão ao patrimônio público, ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e cultural e à moralidade administrativa. Isso porque o artigo 5º, LXVIII preceitua que “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e

⁷² DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 862.

⁷³ Idem. p. 863.

ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada a má-fé, isento de custas judiciais e de ônus de sucumbência”.

Então, fazendo-se uma leitura compilativa dos artigos 1º⁷⁴ e 11⁷⁵, da Lei nº 4.717/65, e do artigo 5º, LXXIII, da CF88⁷⁶, a ação popular pode ser definida, no nosso ordenamento jurídico atual, como a ação civil por meio da qual qualquer cidadão pode requerer a invalidação de atos lesivos ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente ou patrimônio histórico e cultural, praticados pelo poder público ou entidades de que participe, bem como a condenação por perdas e danos dos responsáveis pela lesão.

Disso decorre que, além das condições da ação (legitimidade, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido), são pressupostos para a propositura da ação popular (a) a qualidade de cidadão para que se tenha legitimidade ativa; (b) a ilegalidade ou imoralidade do ato praticado pelo Poder Público; e (c) a lesão ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente ou patrimônio histórico e cultural.

Por ora, cumpre fazer rápida menção ao fato de que a CF88, pelo contido nos artigos 5º, LXXIII e 37, *caput*⁷⁷, elevou a denominada moralidade administrativa a fundamento autônomo para a propositura de ação popular, tema a ser discorrido, separadamente, em item subsequente.

⁷⁴ Art. 1º Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.

⁷⁵ Art. 11. A sentença que, julgando procedente a ação popular, decretar a invalidade do ato impugnado, condenará ao pagamento de perdas e danos os responsáveis pela sua prática e os beneficiários dele, ressalvada a ação regressiva contra os funcionários causadores de dano, quando incorrerem em culpa.

⁷⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

⁷⁷ 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:

3.1.2 Legitimidade Ativa

O polo ativo da ação popular será sempre composto por uma pessoa física, singular, que deve comprovar o *status* de cidadão por meio da apresentação de título eleitoral ou documento que a ele corresponda (artigo 1º, §3º, Lei nº 4.717/65⁷⁸).

Ainda que sejam raríssimas as hipóteses, é perfeitamente admissível, nos termos do artigo 6º, §5º da lei especial⁷⁹, o litisconsórcio ativo facultativo ordinário com outros cidadãos, bem como a habilitação de outro sujeito como assistente do autor. É também possível a sucessão - isto é, a qualquer cidadão ou ao Ministério Público é facultado dar continuidade à ação, caso o autor inicial desista ou dê motivo à absolvição de instância (artigo 9º⁸⁰).

Embora o artigo 10 da lei em questão disponha que “as partes só pagarão custas e preparos ao final” e o artigo 12 preceitue que “a sentença incluirá sempre, na condenação dos réus, o pagamento, ao autor, das custas e demais despesas, judiciais e extrajudiciais, diretamente relacionadas com a ação e comprovadas, bem como o dos honorários de advogado”, o aspecto econômico representa um relevante entrave para a utilização deste instrumento processual coletivo, pois há uma série de custos antecedentes que o cidadão deve arcar por si para ajuizar uma ação popular. Também, conforme já mencionado anteriormente, a incerteza do resultado em face desses investimentos, bem como a demora intrínseca ao modo de ser do processo, representam fatores para a pouca utilização do instrumento.

Por conta disso, embora a legitimação ativa do instituto seja conferida a qualquer cidadão que deseje utilizá-lo na defesa do interesse público, percebe-se certo desuso da ação popular, muito por conta dos custos do processo e do desinteresse dos sujeitos em defender, individualmente, a coisa pública. Some-se a isso, ainda, a recorrente existência de interesses obscuros por trás do cidadão que

⁷⁸ Art. 1º. § 3º A prova da cidadania, para ingresso em juízo, será feita com o título eleitoral, ou com documento que a ele corresponda.

⁷⁹ Art. 6º A ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo.

(...)

§ 5º É facultado a qualquer cidadão habilitar-se como litisconsorte ou assistente do autor da ação popular.

⁸⁰ Art. 9º Se o autor desistir da ação ou der motivo à absolvição da instância, serão publicados editais nos prazos e condições previstos no art. 7º, inciso II, ficando assegurado a qualquer cidadão, bem como ao representante do Ministério Público, dentro do prazo de 90 (noventa) dias da última publicação feita, promover o prosseguimento da ação.

ajuíza a ação, pois, embora a Súmula 365 do STF preveja que “pessoa jurídica não tem legitimidade para propor ação popular”, muitas vezes são empresas interessadas no sucesso da demanda que a ajuízam e a custeiam. Isso, ressalte-se, ocorre por meio de “prepostos” que ostentam a qualidade de cidadãos e que, por óbvio, desvirtuam completamente a tutela do direito transindividual em questão.

3.1.3 Pedido

O pedido, elemento objetivo da ação, é o aspecto que confere legitimidade à atuação jurisdicional, já que o Poder Judiciário, em homenagem à condição da ação de interesse de agir, só pode ser suscitado em face de uma controvérsia atual e real, em relação a qual não foi possível chegar a um consenso os titulares do direito em questão.

Fala-se, diante disso, em pedido imediato e mediato. Em relação ao primeiro, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart mencionam que se pensa na espécie de sentença – e conseqüentemente no tipo de pedido – requerida ao órgão jurisdicional, falando-se, nesse sentido, em pedido declaratório, pedido constitutivo, pedido condenatório, pedido executivo e pedido mandamental⁸¹. Já o segundo é por eles definido como “o bem da vida pretendido pelo autor”, sendo exemplificado pela declaração da certeza jurídica, pela criação de uma nova situação jurídica e pela modificação ou anulação de um contrato⁸².

Na ação popular, o pedido imediato possui natureza desconstitutiva-condenatória, uma vez que predomina no Brasil a tese de que o ato, para ser atacado por meio de ação popular, precisa ser tanto ilegal quanto lesivo. Sobre o tema dispõe Humberto Theodoro Júnior que

A lesividade erige-se em fundamento para o pedido de natureza a ser veiculado na ação popular, por isso deve sempre estar presente, ou seja, a lesividade é, ao lado da nulidade ou anulabilidade do ato, fundamento da pretensão (des)constitutiva e, por si, causa que leva ao pedido condenatório.⁸³

⁸¹ MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. **Processo de Conhecimento**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 76-77.

⁸² Idem. p. 78.

⁸³ *Op. cit.* p. 92.

O pedido mediato, por seu turno, será a insubsistência do ato lesivo e, na medida do possível, a recomposição do *status quo ante* em relação ao patrimônio público, ao meio ambiente, à moralidade administrativa e à tutela do próprio Estado e da sociedade, quando tomadores de serviço ou adquirentes de produto, nos termos do CDC. Teleologicamente, entretanto, Rodolfo Mancuso menciona que a utilidade esperada com a procedência da demanda é “a preservação da ética na administração, o retorno aos cofres públicos do dinheiro malversado ou desviado, a reposição do meio ambiente agredido ao seu ‘status quo ante’, etc.”⁸⁴.

Ainda que, nos termos dos artigos 11⁸⁵ e 14, §4^{o86}, da Lei nº 4.717/65, os responsáveis e os beneficiários do ato lesivo devam ser condenados ao pagamento de perdas e danos ou à restituição de bens ou valores, ressalvada a possibilidade de ação regressiva contra os funcionários que agiram dolosamente, a jurisprudência brasileira é assentada no sentido de não ser possível pedir, por via de ação popular, as sanções previstas na Lei nº 8.429/92. Seguem, para exemplificar, algumas jurisprudências:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO POPULAR. SANÇÃO POR SUPOSTO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.

1. A Ação Popular não constitui via eleita para a imposição de sanções pela suposta prática de ato de improbidade administrativa. (Precedentes jurisprudenciais).

2. Remessa oficial improvida.⁸⁷

AÇÃO POPULAR Pretensão de condenar os réus nas sanções previstas na Lei nº 8.429/92 Inadmissibilidade A medida processual correta para determinar a exoneração de servidores públicos por ato de improbidade administrativa é a ação civil pública Carência da ação configurada Inadequação da ação popular Recurso desprovido.⁸⁸

⁸⁴ *Op. cit.* p. 77.

⁸⁵ Art. 11. A sentença que, julgando procedente a ação popular, decretar a invalidade do ato impugnado, condenará ao pagamento de perdas e danos os responsáveis pela sua prática e os beneficiários dele, ressalvada a ação regressiva contra os funcionários causadores de dano, quando incorrerem em culpa.

⁸⁶ Art. 14. Se o valor da lesão ficar provado no curso da causa, será indicado na sentença; se depender de avaliação ou perícia, será apurado na execução.

(...)

§ 4º A parte condenada a restituir bens ou valores ficará sujeita a sequestro e penhora, desde a prolação da sentença condenatória.

⁸⁷ TRF1 – 4ª Turma - REO 3002 MA 2007.37.00.003002-0 – Des. Rel. Hilton Queiroz – eDJF1 de 15/02/2012.

⁸⁸ TJSP – 2ª Câmara de Direito Público – APL 0002403-10.2010.8.26.0642 - Des. Rel. Samuel Júnior – Julgamento em 31/01/2012 – Publicado em 06/02/2012.

PROCESSO CIVIL. AÇÃO POPULAR E AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. IMPOSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO DA PRIMEIRA VISANDO AS PENAS DA SEGUNDA. REMESSA OFICIAL NÃO PROVIDA.

1. A Ação Popular não é o meio processual cabível para aplicação de sanções civis por atos de improbidade administrativa.

2. Não se enquadrando o pedido ou a causa de pedir no rol da Lei 4.717/1965, não deve ser conhecida ação popular que visa a aplicação de sanções da Lei 8429/1992, por se tratar de remédios jurídicos distintos e não intercambiáveis.

3. Como somente o Ministério Público e a pessoa jurídica interessada estão legitimados para o ajuizamento da ação de improbidade administrativa, não pode o particular transmutá-la em ação popular para tergiversar a legitimação processual e alcançar os propósitos da Lei 8429/1992 pelo rito da Lei 4.717/1965 4. Remessa oficial não provida.⁸⁹

Assim sendo, ainda que a legitimidade ativa da ação popular no ordenamento jurídico brasileiro seja aberta a qualquer cidadão, o seu objeto, se comparado ao que se pode pleitear na ação de improbidade administrativa, é bastante estreito, porquanto restrito ao pedido de anulação do ato lesivo e a condenação dos responsáveis ao pagamento de perdas e danos ou à restituição de bens e valores.

Por conta disso, em havendo ação popular já ajuizada, não deve ser reconhecido litispendência em relação e aos pedidos e sanções peculiares da ação de improbidade administrativa, caso esta seja proposta posteriormente. Aliás, os tribunais brasileiros têm entendido que, por terem finalidades específicas, as sentenças exaradas em cada uma das ações possuirão naturezas distintas⁹⁰.

3.1.4 A moralidade administrativa como causa de pedir autônoma

Tendo em vista a ampliação do objeto da ação popular, a partir do novo conceito inserido no artigo 5º, LXXIII, da CF88, autores como Rodolfo Mancuso⁹¹, Clóvis Beznos⁹² e Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁹³, vêm se assentando no sentido de

⁸⁹ TRF1- 3ª Turma - REO 34791 MG 0034791-95.2008.4.01.3800 – Des. Rel. Carlos Olavo – eDJF1 de 09/03/2012.

⁹⁰ Nesse sentido, trecho de acórdão proferido pelo TJAP na ação de improbidade administrativa nº 0023/04: “Neste passo, embora possam co-existir a ação de improbidade e a popular na defesa do patrimônio público, estas não se confundem por terem finalidades específicas. Além de outros traços diferenciadores, as sentenças proferidas em cada uma delas têm, indiscutivelmente, naturezas diversas. Portanto, não há espaço para a alegada falta de interesse processual, eis que a improbidade administrativa, na espécie, constitui-se como aquelas elencadas no art. 11, da Lei nº. 8.429/92, para cuja investigação de sua ocorrência há procedimento e sanções específicas expressamente tratadas nesta.” (TJAP – Ação de Improbidade Administrativa n. 23/04 – Des. Relator Raimundo Vales – Publicado em 15/06/2005).

⁹¹ *Op. cit.* p. 87-95.

⁹² *Apud* Mancuso (p. 89).

⁹³ DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo** (...). p. 865.

que, se a causa de pedir for um ato reputado como ofensivo à moralidade administrativa, a pretensão poderá vir a ser acolhida, ainda que não tenha havido lesão ao erário.

Nesse viés, conforme já mencionado, a moralidade administrativa foi erigida pela atual Constituição a fundamento autônomo para a propositura de ação popular, o que faz com que atos que atendam às formalidades legais, mas deixem a desejar no concernente à probidade, sejam veiculáveis por este instrumento processual.

Sobre o novo conceito disposto na CF88, e no mesmo sentido dos autores acima mencionados, sustenta Clóvis Beznos que

a ampliação do objeto da ação popular, introduzida pelo Texto Constitucional de 1988, sujeitando a contraste judicial a lesão à moralidade administrativa, faculta o ajuizamento da mesma independentemente do tradicional requisito da lesão patrimonial, efetiva ou presumida, que desde a sua previsão primeira no Ordenamento, impunha-se como condição de sua procedência.⁹⁴

Segundo Rodolfo Mancuso, a dificuldade em se conceituar a moralidade administrativa e a resistência em admiti-la como categoria jurídica autônoma decorrem da sua situação em uma zona fronteira entre o Direito e a Moral. Apesar disso, o autor reconhece a insuficiência de se controlar a gestão da coisa pública apenas pelo aspecto formal, especialmente porque, conforme aduz, o Direito e a Moral são espécies do gênero Ética, o que implica que, dentro da moralidade administrativa, devem ser considerados os tópicos do “abuso do direito”, do “desvio do poder” e da “razoabilidade da conduta lesiva”⁹⁵.

E é nesse sentido que Hely Lopes Meirelles aduz que

O agente administrativo, como ser humano dotado da capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o bem do mal, o honesto do desonesto. E, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético da sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também, entre o honesto e o desonesto.⁹⁶

Com efeito, talvez a resistência ao controle da moralidade administrativa estivesse ligada ao temor de que isso acabasse por abranger os atos discricionários da administração pública, isto é, o próprio mérito do ato administrativo, causando,

⁹⁴ *Apud* Mancuso (p. 89).

⁹⁵ *Op. cit.* p. 91.

⁹⁶ MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo Brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 83.

assim, uma ampliação do Poder Judiciário, em detrimento da separação e equilíbrio entre os Poderes. Entretanto, conforme relembra Maria Sylvia Zanella Di Pietro, essa resistência encontra-se elidida expressamente pela norma do artigo 37, *caput*, da CF88, que inclui a moralidade como um dos princípios a que a administração está sujeita. Por isso:

Tornar-se-ia letra morta o dispositivo se a prática de ato imoral não gerasse a nulidade do ato da Administração. Além disso, o próprio dispositivo concernente à ação popular permite concluir que a imoralidade se constitui em fundamento autônomo para a propositura da ação popular, independentemente de demonstração de ilegalidade, ao permitir que ela tenha por objeto anular ato lesivo à moralidade administrativa.⁹⁷

Por se tratar a expressão “moralidade administrativa” um conceito indeterminado, caberá ao operador do direito a tarefa de aferir, no caso concreto, se a conduta sindicada foi correlata a ele ou não. Diante disso, Rodolfo Mancuso destaca que, para que não se reduza a um singelo conceito jurídico indeterminado e, assim, seja restringida a sua eficácia prática, “é importante que ela seja reforçada por subsídios fáticos e jurídicos que propiciem maior concreção, que contribuam para melhor definir seus contornos nos casos levados à Justiça”⁹⁸. Reconhece o autor, porém, que a noção, os limites e a finalidade do conceito em questão não de ser bem apreendidos pela inteligência jurídica brasileira, “mormente naquelas hipóteses em que através de astuciosos ardis se consegue ‘contornar’ a lei, para atingir, indiretamente, objetivos inalcançáveis por via direta”⁹⁹.

E é nesse viés de que a moralidade administrativa configura causa de pedir autônoma em ação popular que também se posiciona a jurisprudência brasileira. Aliás, já houve manifestação expressa do Superior Tribunal de Justiça sobre a temática, em decisão que proferiu: “...Âmbito da ação popular que não está limitada ao desfalque do patrimônio material. O desfalque pode ser do patrimônio paisagístico, ambiental, etc., ou do patrimônio moral. 3. Moralidade administrativa que pode ser resguardada via ação popular”¹⁰⁰.

⁹⁷ DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo** (...). p. 865.

⁹⁸ *Op. cit.* p. 96.

⁹⁹ *Idem.* p. 96-97.

¹⁰⁰ REsp 26821-SP - Rel. Ministra Eliana Calmon - DJ de 19/05/2003.

3.2 AÇÃO CIVIL PÚBLICA

3.2.1 Considerações Gerais

Primeiramente, cumpre ressaltar que, apesar parte da doutrina nacional considerar a ação de improbidade administrativa uma espécie de ação civil pública¹⁰¹, para fins didáticos essa expressão será, no presente estudo, utilizada para designar, tão somente, o instrumento processual veiculado na Lei n^o 7.347/85. Isso porque, sem adentrar no mérito da discussão, o que fugiria da proposta desta monografia, aquela ação será tratada, separadamente, no item subsequente.

Outra ressalva é que se deixará de lado, igualmente por não cingir ao objeto deste estudo, a discussão doutrinária sobre o cabimento, ou não, da ação civil pública na seara da improbidade, até porque a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já está pacificada no sentido da possibilidade. Veja-se, como exemplo¹⁰², decisão proferida pela 1^a Turma:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. LEGITIMAÇÃO ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ARTS. 127 E 129, III. LEI 7.347/85 (ARTS. 1^o, IV, 3^o, II, E 13). LEI 8.429/92 (ART. 17). LEI 8.625/93 (ARTS. 25 E 26).

1. Dano ao erário municipal afeta o interesse coletivo, legitimando o Ministério Público para promover o inquérito civil e ação civil pública objetivando a defesa do patrimônio público. A Constituição Federal (art. 129, III) ampliou a legitimação ativa do Ministério Público para propor Ação Civil Pública na defesa dos interesses coletivos.
2. Precedentes jurisprudenciais.
3. Recurso não provido.¹⁰³

Dito isso, como assevera Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “pode-se definir a ação civil pública como o meio processual de que se podem valer o Ministério Público e as pessoas jurídicas indicadas em lei para proteção de interesses difusos

¹⁰¹ José Roberto Pimenta Oliveira à p. 342 da obra **Improbidade Administrativa e sua autonomia constitucional** menciona os seguintes autores: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo, p. 827; CINTRA, Ângela Carboni Martinhoni. A ação prevista na lei de improbidade administrativa. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 31, n. 132, p. 208, fev. 2006; CUNHA JÚNIOR, D. da. **Curso de direito administrativo**: Salvador: Edições JusPODIVM, 2007. p. 437.

¹⁰² No mesmo sentido: REsp. 167.344-SP, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ 19/10/1998; REsp. 98.648-MG, Rel. Min. José Arnaldo, DJ 28/04/1997; REsp.149.096-MG, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ 30/10/2000; REsp. 226.863-GO, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 04/09/2000.

¹⁰³ REsp. 154.128-SC – 1^a Turma – maioria, rel. p/ o acórdão Min. Milton Luiz Pereira – Julgamento em 11/05/1998 – Publicado em 18/12/1998.

e gerais”¹⁰⁴. Trata-se, pois, de instrumento processual coletivo constitucionalmente consagrado para a tutela jurisdicional de direitos coletivos *lato sensu* ou individuais homogêneos (artigo 129, III, da CF88¹⁰⁵ e artigo 81, I, II, III, do CDC¹⁰⁶).

Foi abordada em nível legislativo, pela primeira vez, na Lei Complementar Federal nº 40, de 14-12-1981, a qual incluiu dentre as funções do Ministério Público estadual a promoção da ação civil pública, “nos termos da lei” (artigo 3º, III¹⁰⁷). Sua disciplina legal específica, contudo, somente foi efetuada com a promulgação da Lei nº 7.347/85, que, sem prejuízo da ação popular, designou a ação de responsabilização de danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor e a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (inteligência da redação original do artigo 1º).

Ressalte-se que este dispositivo recebeu acréscimos pelo (a) CDC (que incluiu o inciso IV - “a qualquer interesse difuso ou coletivo”); (b) pela Lei nº 12.529/2011 (que incluiu o inciso V – “por infração da ordem econômica”); e (c) pela Medida Provisória nº 2.180-35/2001 (que incluiu o inciso VI – “à ordem urbanística”). Mencione-se, ademais, que o diploma legal sofreu alterações pela Lei nº 8.884/94, pelo Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001) e pelo Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/2010).

Em que pese ter surgido na legislação ordinária, a ação civil pública foi elevada a nível constitucional ao ser prevista na seção referente ao Ministério Público. É que o artigo 129, III, da CF88¹⁰⁸, incluiu nas funções institucionais

¹⁰⁴ DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo** (...). p. 875.

¹⁰⁵ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

¹⁰⁶ Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

¹⁰⁷ Art. 3º - São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

III - promover a ação civil pública, nos termos da lei.

¹⁰⁸ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

daquele a de “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”. Aliás, em decorrência desta redação o âmbito dos interesses protegidos por meio do instrumento deixou de ser *numerus clausus*, como era na Lei nº 7.347/85, para ser *numerus apertus*, já que a proteção se estendeu a “outros interesses difusos e coletivos”.

Ainda, conforme já mencionado, o CDC, em seu artigo 111, com a finalidade de adaptar a Lei da Ação Civil Pública (LACP) ao artigo 129, III, da Carta Magna, acrescentou o inciso IV ao artigo 1º daquela.

Verifica-se, diante disso, que o procedimento da ação civil pública incorpora uma variada gama de instrumentos processuais. Como ressalta Teori Albino Zavascki,

aos direitos transindividuais, prestigiados superlativamente pelo legislador constituinte, aplicam-se não apenas os meios de tutela expressamente previstos na Lei nº 7.347/85, como também qualquer outro mecanismo, que for considerado adequado e necessário, hoje disponível em nosso sistema de processo, para a defesa dos demais direitos ameaçados ou violados ¹⁰⁹.

Realizadas as considerações gerais relevantes para o presente estudo sobre a ação civil pública, passar-se-á a discorrer, com maiores detalhes, sobre a sua legitimação ativa, bem assim sobre os pedidos que podem ser pleiteados nesse instrumento coletivo.

3.2.2 Legitimidade Ativa

A legitimação ativa brasileira para a propositura de ação civil pública, seguindo a tendência mundial, mitigou o princípio clássico da coincidência entre o titular do direito levado em juízo e o sujeito do processo, através da criação do modelo de um representante ideológico de massa, ou, como o define Pedro Lenza, de um “representante adequado, para, em juízo, satisfazer os requisitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa, analisados, também, sob a ótica coletiva” ¹¹⁰.

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

¹⁰⁹ *Op. cit.* p. 58.

¹¹⁰ *Op. cit.* p. 177.

A técnica escolhida pelo legislador brasileiro foi a solução mista ou pluralista para a representação dos interesses transindividuais em juízo, com o cúmulo de “representantes adequados” públicos e privados.

Trata-se, na expressão consagrada por Barbosa Moreira¹¹¹, de legitimação “concorrente e disjuntiva”: concorrente por não haver ordem de preferência entre os legitimados; disjuntiva porque podem ir a juízo separadamente ou em conjunto, sendo facultativo o litisconsórcio.

Assim, conforme esclarece Hugo Nigro Mazzilli,

(...) cada um dos co-legitimados pode ajuizar essas ações, quer litisconsorciando-se com outros, quer fazendo-o isoladamente. É concorrente, porque todos os co-legitimados do art. 5º da LACP ou do art. 82 do CDC podem agir em defesa de interesses transindividuais; é disjuntiva porque não precisam comparecer em litisconsórcio.¹¹²

Dessa sorte, sem embargo da ação popular a ser proposta por qualquer cidadão, a LACP e o CDC, em seus respectivos artigos 5º¹¹³ e 82¹¹⁴, ampliaram a

¹¹¹ *Apud* Lenza (p. 178).

¹¹² MAZZILLI, H. N. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 289.

¹¹³ Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

I - o Ministério Público;

II - a Defensoria Pública;

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

V - a associação que, concomitantemente:

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

§ 1º O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

§ 2º Fica facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes.

§ 3º Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa.

§ 4.º O requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

§ 5.º Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta lei.

(Vide Mensagem de veto) (Vide REsp 222582 /MG - STJ)

§ 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial. (Vide Mensagem de veto) (Vide REsp 222582 /MG - STJ)

¹¹⁴ Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

I - o Ministério Público,

II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

legitimação ativa para a tutela jurisdicional coletiva, passando a açambarcar, segundo Hugo Mazzilli, as seguintes pessoas: (a) Ministério Público; (b) União, Estados-membros, Municípios e o Distrito Federal; (c) autarquia, empresa pública, fundação (pública e privada) e sociedade de economia mista; (d) associação civil constituída há pelo menos um ano, com finalidades institucionais compatíveis com a defesa do interesse questionado (artigo 5º, V, da LACP¹¹⁵; artigo 82, IV, do CDC¹¹⁶; artigo 3º da Lei 7.853/89¹¹⁷ e artigo 210, III, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)¹¹⁸); (e) entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos pelo Código de Defesa do Consumidor (artigo 82, III, do CDC¹¹⁹); (f) sindicatos (artigo 5º, LXX, b¹²⁰ e 8º, III¹²¹, da CF88); e (g) comunidades indígenas (artigo 232, CF88¹²²)¹²³.

III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

§ 1º O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

§ 2º (Vetado).

§ 3º (Vetado).

¹¹⁵ Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

(...)

V - a associação que, concomitantemente:

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

¹¹⁶ Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

(...)

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

¹¹⁷ Art. 3º As ações civis públicas destinadas à proteção de interesses coletivos ou difusos das pessoas portadoras de deficiência poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal; por associação constituída há mais de 1 (um) ano, nos termos da lei civil, autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista que inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção das pessoas portadoras de deficiência.

¹¹⁸ Art. 210. Para as ações cíveis fundadas em interesses coletivos ou difusos, consideram-se legitimados concorrentemente:

(...)

III - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por esta Lei, dispensada a autorização da assembleia, se houver prévia autorização estatutária.

¹¹⁹ Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

(...)

III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

Em que pese Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves entenderem que “o não-confinamento da legitimação, no campo dos interesses difusos, a órgãos ou agências estatais especializadas representa, sem dúvida alguma, um dos aspectos mais positivos da Lei nº 7.347/85”¹²⁴, Pedro Lenza assevera que, em termos práticos, a expectativa do legislador de estruturação e organização da sociedade civil brasileira em órgãos de proteção dos diversos interesses transindividuais, restou frustrada.

Observa-se na *práxis* forense que, apesar de todo o estímulo legislativo para a atuação dos “representantes adequados” (mencione-se, como exemplo, a isenção, tanto LACP, quanto no CDC, da associação autora do adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, bem como da condenação, salvo se comprovada má-fé, em custas e despesas processuais e honorários advocatícios), a propositura de ação civis públicas concentra-se na instituição do Ministério Público.

Na tentativa de explicar o porquê do fenômeno, Pedro Lenza levanta hipóteses de naturezas diversas, dentre as quais se destaca a sociológica (“o cidadão brasileiro não está inclinado a se associar, socorrendo-se ao Estado paternalista”), a econômica (“algumas associações não têm dinheiro para contratar advogados capacitados e especializados na matéria para a propositura de ações de tamanho porte e complexidade”) e a institucional (“há dificuldade em se conciliar a atividade de organização, de associação, de política na defesa de interesses com o necessário aparato técnico-jurídico”)¹²⁵.

¹²⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

(...)

b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

¹²¹ Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

(...)

III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas.

¹²² Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

¹²³ *Op. cit.* p. 188.

¹²⁴ *Op. cit.* p. 614.

¹²⁵ *Op. cit.* p. 197-198.

Ainda, relembra o autor que em três situações o legislador da LACP induziu a propositura da ação civil pública pelo Ministério Público: no artigo 6º¹²⁶, ao estabelecer qualquer pessoa poderá e o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público, no art. 7º¹²⁷, o qual dispõe que os juízes e tribunais que tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação deverão remeter peças à instituição, e no art. 8º¹²⁸, que, dentre todos os legitimados ativos, confere apenas ao Ministério Público a faculdade de instaurar o inquérito civil para a colheita de elementos para eventual propositura de ação civil pública¹²⁹.

Dessa sorte, apesar de no aspecto legislativo a legitimidade ativa para a propositura de ação civil pública para a tutela de interesses transindividuais – e aí se incluem os atos ímprobos da administração pública – ter sido conferida a pessoas jurídicas privadas e públicas, na prática ainda existem entraves para a ocorrência de um efetivo acesso à justiça pela sociedade civil, o que faz com que a tutela coletiva fique concentrada em um órgão do próprio poder público.

E, conforme assevera Antonio Gidi, a legitimidade dos órgãos do poder público deveria ser meramente subsidiária, pois, se de um lado é essencial até que haja organização plena da sociedade brasileira, de outro representa uma técnica destinada a retroceder o seu crescimento, a partir do momento em que a sociedade organizada assuma a sua tarefa de autoproteção e autoconservação¹³⁰.

3.2.3 Pedido

A ação civil pública, pelo contido no artigo 5º, XXXV, da CF88, que dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito”, pode ser proposta em caso de lesão ou ameaça de lesão. Aliás, tanto é assim que a Lei nº 7.347/85 se reporta não somente a ação principal, como também a ação cautelar¹³¹

¹²⁶ Art. 6º Qualquer pessoa poderá e o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil e indicando-lhe os elementos de convicção.

¹²⁷ Art. 7º Se, no exercício de suas funções, os juízes e tribunais tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil, remeterão peças ao Ministério Público para as providências cabíveis.

¹²⁸ Art. 8º Para instruir a inicial, o interessado poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de 15 (quinze) dias.

¹²⁹ *Op. cit.* p. 197.

¹³⁰ *Apud* Lenza (p. 198).

¹³¹ Nesse sentido, o caput do respectivo art. 5º: “Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar”.

Assim, considerando a explanação já realizada acerca da diferenciação entre pedido imediato e mediato, bem como a classificação quinária das ações de Pontes de Miranda¹³², a ação civil pública pode ter como pedido imediato, isto é, como espécie de provimento que se requer ao Judiciário, tanto pedido condenatório, quanto executivo ou mandamental. Isso porque, nos termos do artigo 3º da LACP, “a ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”.

Dessa forma, o pedido imediato e, conseqüentemente, a sentença, poderá ter eficácia condenatória - hipótese em que, se procedente a demanda, será imposto ao vencido um dever de indenizar, possibilitando-se ao vencedor o acesso à via processual da execução forçada (hoje denominada de cumprimento de sentença) - ou executiva, caso o juiz determine, desde logo, a prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica ou cominação de multa diária, independentemente de requerimento do autor (artigo 11 da LACP¹³³).

Por sua vez, o pedido mediato do instrumento em questão será uma ação ou omissão que faça cessar o ato lesivo aos bens transindividuais veiculados, bem como o pagamento de indenização corresponde às perdas e danos suportados pela ocorrência do ato. Nesse viés, deve-se mencionar que, caso haja condenação pecuniária do vencido, o valor da indenização será destinado ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos, o qual, com fulcro no artigo 13 da LACP¹³⁴, é regulamentado pelo Decreto nº 1.306, de 9-11-94. Ressalte-se, a título de citação, que, nos termos do artigo 13, §1º¹³⁵, enquanto o fundo não for regulamentado o dinheiro deverá ficar depositado em estabelecimento oficial de crédito, em conta com correção monetária.

¹³² O autor divide as ações e, conseqüentemente, a eficácia das sentenças em: declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva (Pontes de Miranda, *apud*, Fernando Sá. As diversas eficácias e seu convívio no conteúdo da sentença - **A tese de Pontes de Miranda**, Revista da Faculdade de Direito da UFRGS vol. 18, p. 97, 2000.). Entendimento idêntico adota Ovídio Baptista da Silva (SILVA, O. A. B. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. Volume 1. 4. ed. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 1998. p. 126).

¹³³ Art. 11. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.

¹³⁴ Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

¹³⁵ § 1º. Enquanto o fundo não for regulamentado, o dinheiro ficará depositado em estabelecimento oficial de crédito, em conta com correção monetária.

Apesar de, à semelhança da ação popular, a ação civil pública poder ser utilizada como meio judicial de controle de atos de improbidade da administração pública, as sanções previstas na LIA não podem ser pleiteadas por todos os sujeitos mencionados no item anterior.

Nesse sentido, como se demonstrará adiante, a jurisprudência e a doutrina dominantes entendem os legitimados para a propositura da ação de improbidade administrativa são apenas o Ministério Público e pessoa jurídica de direito público (inclusive, se adotada a tese da “pertinência sistemática”, conforme se abordará, apenas aquela contra a qual foi praticado o ato). Os demais, assim, caso ajuízem ação civil para a proteção da moralidade, honestidade ou lisura na administração pública, ficam adstritos a requerer condenação em dinheiro ou obrigação de fazer ou não-fazer, não lhes sendo facultado pleitear, por exemplo, a suspensão dos direitos políticos ou a perda da função pública do agente causador do dano.

3.3 A AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

3.3.1 Considerações Gerais

Apesar de no Brasil Império ter vigorado a irresponsabilidade do chefe do Estado e do governo (o que, aliás, é característica marcante das monarquias absolutistas), a preocupação com a probidade administrativa, no plano normativo-constitucional, não é contemporânea. Tanto é assim que, nas Constituições republicanas, de um modo geral, sempre se reservou espaço para a sua defesa, a partir da previsão expressa de que configurava crime de responsabilidade do presidente da República, hábil a gerar o *impeachment* deste e dos ministros do Estado e do Superior Tribunal Federal (STF).

A Constituição de 1981 previu o atentado contra a probidade da administração, como modalidade de crime político, no seu artigo 54, §6^o¹³⁶, dispositivo posteriormente regulamentado pelo Decreto nº 30, 08.01.1892, que, nos artigos 37 a 48¹³⁷, discorreu sobre “os crimes contra a probidade da administração”.

¹³⁶ Art. 54 - São crimes de responsabilidade os atos do Presidente que atentarem contra:

(...)

^{6º}) a probidade da administração.

¹³⁷

A Carta de 1934 preceituou a ofensa à probidade no seu artigo 57, f¹³⁸, ao passo que a de 1937 dispôs sobre a matéria no artigo 85, d¹³⁹. Por seu turno, sob a égide da Constituição de 1946, que conceituou a improbidade administrativa como delito político no artigo 89, V¹⁴⁰, foi editada a Lei nº 1.079/50, a qual, como lembrado por Mateus Bertoni, “definiu os crimes de responsabilidade e regulou o respectivo processo de julgamento, substituindo o Dec. nº 30/1982, reservando o seu Capítulo V para definir novamente os Crimes contra a probidade na administração.”¹⁴¹. Ainda, na Carta de 1967 o delito político foi previsto no respectivo artigo 84, V¹⁴², bem assim no artigo 82, V¹⁴³, da Emenda Constitucional (EC) nº 1/69.

A Lei Maior atual, por sua vez, ampliou o número de referências sobre a probidade administrativa, tratando-a em diversos dispositivos. No capítulo referente aos direitos políticos, o artigo 14, §9º preceituou que “lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e a legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso no exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.”, ao passo que o artigo 15, V, determinou a perda ou suspensão dos direitos políticos em virtude do cometimento de ato de improbidade administrativa¹⁴⁴.

¹³⁸ Art. 57 - São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República, definidos em lei, que atentarem contra:

(...)

f) a probidade da administração.

¹³⁹ Art. 85 - São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República definidos em lei, que atentarem contra:

(...)

d) a probidade administrativa e a guarda e emprego dos dinheiros público.

¹⁴⁰ Art. 89 - São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentarem contra a Constituição federal e, especialmente, contra:

(...)

V - a probidade na administração.

¹⁴¹ *Op. cit.* p. 22.

¹⁴² Art. 84 - São crimes de responsabilidade os atos do Presidente que atentarem contra a Constituição federal e, especialmente:

(...)

V - a probidade na administração.

¹⁴³ Art. 82. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente que atentarem contra a Constituição Federal e, especialmente:

(...)

V - a probidade na administração.

¹⁴⁴ Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

(...)

V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.

Ainda, no artigo 85, V, previu ser crime de responsabilidade do presidente da República “atos que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra a probidade na administração”.

Ensejador de uma nova perspectiva sobre a matéria, entretanto, foi o já citado artigo 37, §4º, que, segundo Mateus Bertoini

determinou ao legislador infraconstitucional a elaboração de um diploma legislativo estabelecendo sanções de índole essencialmente civil contra os autores de atos de improbidade, estatuinto uma nova forma de sancionar esses ilícitos, inclusive de um modo mais abrangente, para atingir os agentes públicos em geral, pois, historicamente, o ato de improbidade sempre constituiu delito político, sancionado com medidas de natureza política (perda do cargo e inabilitação, até cinco anos, para o exercício de qualquer função pública) e restrito ao círculo dos agentes políticos.¹⁴⁵

Diante disso, a lei que veio regulamentar a matéria infraconstitucionalmente, para dar efetividade às mencionadas disposições da Carta Magna, em especial à última aludida, foi a nº 8.429/92. Esse diploma estabeleceu regras de direito material e de direito processual para o tema, perfilhando os denominados atos de improbidade administrativa em três espécies: (a) atos que importam enriquecimento ilícito; (b) atos que causam prejuízo ao erário; e (c) atos que atentam contra os princípios da administração pública. Também, fixou as respectivas sanções, bem como regras à investigação e ao processo judicial de persecução de tais ilícitos.

A vigência dessa lei iniciou-se em 03 de junho de 1992, quando foi publicada no Diário Oficial da União. Assim, nessa mesma data, foram revogadas as disposições contrárias, bem como ab-rogadas expressamente¹⁴⁶ as Leis Pitombo Godói-Ilha (Lei nº 3.164/57) e Bilac Pinto (Lei nº 3.502/58), que até então tratavam da matéria no plano infraconstitucional. A título de menção, a primeira sujeitava a sequestro e à perda em favor da Fazenda Pública os bens adquiridos pelo servidor público, por influência ou abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica, sem prejuízo da responsabilidade criminal em que estivesse incorrido, ao passo que a segunda estabelecia as hipóteses de enriquecimento ilícito, regulando o sequestro e o perdimento de bens¹⁴⁷.

¹⁴⁵ *Op. cit.* p. 23.

¹⁴⁶ Art. 25. Ficam revogadas as Leis 3.164, de 1º de junho de 1957, e 3.502, de 21 de dezembro de 1958, e demais disposições em contrário.

¹⁴⁷ *Op. cit.* p. 25-26.

De se ressaltar, por derradeiro, que a posição majoritária, acolhida pela doutrina¹⁴⁸ e pela jurisprudência¹⁴⁹, é no sentido da irretroatividade da lei nº 8.429/92, de sorte a não alcançar fatos ocorridos anteriormente ao seu advento, independentemente de estarem qualificados em legislação anterior coincidente.

Nesse sentido, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves aduzem que:

A irretroatividade da lei punitiva que agrave a situação do agente, princípio há muito consagrado no direito penal, deve prevalecer em qualquer seara no qual o Estado exerça o seu poder sancionador, pois a violação e consequente recomposição da ordem jurídica sempre possuem um alicerce comum (...)¹⁵⁰.

Igualmente, Mateus Bertoni defende que tal interpretação preserva a força normativa da Constituição¹⁵¹, respeitando os postulados da segurança jurídica, da irretroatividade da lei punitiva, da supremacia do interesse público sobre o particular e da máxima efetivação do princípio da probidade administrativa¹⁵².

3.3.2 Legitimidade Ativa

Nos termos do artigo 17 da Lei nº 8.429/92, possuem legitimidade para ajuizar ação de improbidade administrativa o Ministério Público e a pessoa jurídica interessada.

No que alude ao Ministério Público, José Roberto Oliveira Pimenta assevera que a legitimidade ativa, na espécie, possui incontestável fundamento constitucional, já que lhe é atribuído o poder-dever de atuar em defesa da ordem jurídica (artigo

¹⁴⁸ FIGUEIREDO, M. *Op. cit.*, p. 294-295; PAZZAGLINI FILHO, M. *Op. cit.*, p. 33; DI PIETRO, M. S. Z. *Op. cit.* p. 662. COSTA, J. A. **Contorno jurídico da improbidade administrativa**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 17-18; MARTINS, F. R. **Controle do patrimônio público**. São Paulo: RT, 2000. p. 108; MORAES, A. **Direito constitucional administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 323; PRADO, F. O. A. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 43-45.

¹⁴⁹ Ação Civil Pública – Ministério Público – Legitimidade – Ressarcimento de dano ao erário – Sequestro de bem adquirido antes do ato ilícito – Impossibilidade.

“Tem o Ministério Público legitimidade para propor ação civil pública visando ao ressarcimento de dano ao erário. A Lei 8.429, que tem caráter geral, não pode ser aplicada para alcançar bens adquiridos antes de sua vigência, e a indisponibilidade dos bens só pode atingir os bens adquiridos após o ato tido como criminoso. Recurso parcialmente provido (STJ - 1ª Turma – Resp. 196.932/SP – Rel. Min. Garcia Vieira - DJ 10.05.1999 – p. 119).

¹⁵⁰ *Op. cit.*, p. 149.

¹⁵¹ HESSE, K. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gimar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991. p. 20-23.

¹⁵² *Op. cit.* 29.

127, *caput*¹⁵³)¹⁵⁴. Ademais, o artigo 129, III, dispõe que é sua função institucional a promoção de ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social e de outros interesses difusos e coletivos, dentre os quais se inclui, conforme já explanado, a probidade administrativa.

Além do fundamento constitucional, a legitimidade ativa do Ministério Público para a propositura de ação de improbidade encontra previsão no artigo 25, IV, “b” da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625/93)¹⁵⁵ e nos artigos 6º, VII, “b” e 6º, XIV, “f”, do Estatuto do Ministério Público da União (Lei nº 75/93)¹⁵⁶.

Deve-se reforçar que, em se tratando de patrimônio público e moralidade administrativa, o controle jurisdicional pleiteado em ação popular não se confunde com o suscitado pelo Ministério Público na ação de improbidade administrativa, uma vez que os pedidos possíveis e, conseqüentemente, as sanções cabíveis, são diversos(as). Nesse sentido, José Roberto Pimenta Oliveira coloca que

somam-se as duas modalidades de provocação do controle jurisdicional em prol dos mesmos objetivos constitucionais. Não se excluem em homenagem aos valores e sedimentação principiológica que norteia o exercício da função pública, incluindo a gestão do patrimônio público.¹⁵⁷

Aliás, a possibilidade de cumulação de iniciativas encontra-se estampada também no artigo 129, §1º, da CF88, que dispõe: “a legitimação do Ministério

¹⁵³ Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

¹⁵⁴ *Op. cit.* p. 344.

¹⁵⁵ Art. 25. Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público:

(...)

IV - promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei:

(...)

b) para a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem;

¹⁵⁶ Art. 6º Compete ao Ministério Público da União:

(...)

VII - promover o inquérito civil e a ação civil pública para:

(...)

b) a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

(...)

XIV - promover outras ações necessárias ao exercício de suas funções institucionais, em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, especialmente quanto:

f) à probidade administrativa;

¹⁵⁷ *Op. Cit.* p. 352.

Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei”.

Dessa forma, como mencionam Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, não haverá litispendência caso existam, concomitantemente, ação popular e ação de improbidade administrativa versando sobre a mesma hipótese, senão mera continência. É que

nada impede que busque o cidadão, via ação popular, a anulação do ato lesivo ao patrimônio público e a consequente condenação do réu ao ressarcimento do dano, só não se admitindo, por intermédio da referida iniciativa, a aplicação das sanções previstas no artigo 12 da Lei de Improbidade, que, assim, demandam o ajuizamento de ação civil pública por parte dos legitimados pelos arts. 5º da Lei da Ação Civil Pública e 17 da Lei nº 8.429/92.¹⁵⁸

Ainda, cumpre salientar ser desprovida a alegada impossibilidade de atuação do *Parquet*, com o fim de proteger o patrimônio público de determinado ente federativo, em virtude da vedação constitucional de a instituição exercer a “representação judicial de entidades públicas” (artigo 129, IX¹⁵⁹). Sem desprezar o papel das Procuradorias, os autores supramencionados defendem que a atuação do Ministério Público apenas nos casos de inércia da administração “transformaria a legitimação concorrente e disjuntiva, estabelecida pelo próprio texto constitucional, numa legitimação subsidiária”¹⁶⁰, uma vez que “a vedação do inciso IX nada mais representa que um mecanismo, dentre vários, de preservação da independência funcional do Ministério Público, garantindo-lhe total desvinculação hierárquico-administrativa frente ao Chefe do Poder Executivo (...)”¹⁶¹.

Diante do aqui exposto sobre a legitimidade ativa do Ministério Público, duas ressalvas antagônicas devem ser tecidas.

A primeira é que ele integra do próprio poder estatal; assim, ainda que possua autonomia funcional e um quadro composto por profissionais dotados de inquestionável e irretocável capacidade técnica, a sua manutenção e custeio são realizados por verbas públicas. Questionável, então, o fato de um ente estatal ser

¹⁵⁸ *Op. cit.* p. 617-618.

¹⁵⁹ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

¹⁶⁰ *Op. cit.* p. 623.

¹⁶¹ *Op. cit.* p. 621.

praticamente o único legitimado ativo para propor ação que vise anular ato lesivo ao patrimônio público com a possibilidade de sancionar, efetivamente, os agentes causadores do dano.

De outro ângulo, contudo, deve-se relevar que as sanções previstas na LIA são bastante severas, erroneamente consideradas por alguns, inclusive, como de caráter criminal. Isso, em analogia à legitimidade ativa exclusiva do Ministério Público para propor ação penal pública, atualmente quase unanimidade no cenário do Código Penal, justificaria a opção do legislador infraconstitucional.

De toda sorte, fazendo-se uma interpretação sistêmica das atuais disposições constitucionais e legais aplicáveis à espécie, se verificada a prática de conduta tipificada pela LIA, impõe-se, em homenagem ao princípio da obrigatoriedade¹⁶², o dever-poder do Ministério Público de ajuizar a competente ação, já que os interesses a serem tutelados são indisponíveis (artigo 129, III, CF88¹⁶³; artigo 9º da LACP¹⁶⁴; e art. 17, *caput*, da LIA¹⁶⁵).

Quando à pessoa jurídica interessada, a expressão é, em certa medida, vaga, e, portanto, dotada de elevado teor de equivocidade; assim, imperioso se faz traçar os seus limites subjetivos, especialmente em face do regime constitucional dispensado ao tema. Em virtude disso, o referido conceito deve ser estabelecido em conformidade ao contido no artigo 23, I, da CF88¹⁶⁶ (que preceitua ser competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a conservação

¹⁶² Para Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, o princípio da obrigatoriedade é aplicável também aos demais interessados-legitimados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), em virtude do contido no artigo 23, I, da CF e no artigo 17, §1º, da Lei nº 8.429/92. Discorre, nesse sentido, que “É certo que ao teor do art. 16 da mencionada Lei, podem optar, num primeiro momento, pela mera representação dos fatos ao Ministério Público, caminho mais cômodo em algumas hipóteses e circunstâncias. Não obstante, uma vez omissos o *Parquet*, por *fas* ou por *nefas*, terão o dever de ajuizar a ação civil com vistas à reparação do dano causado ao patrimônio público, não sendo demais lembrar que a legitimação para o ajuizamento da ação de improbidade, em tal hipótese, é “disjuntiva e concorrente”, (art. 129, §1º, da Constituição Federal, art. 5º da Lei 7.347/85 e art. 17 da Lei de Improbidade), o que impede que a pessoa jurídica lesada decline de seu dever.”

¹⁶³ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

¹⁶⁴ Art. 9º Se o órgão do Ministério Público, esgotadas todas as diligências, se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação civil, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, fazendo-o fundamentadamente.

¹⁶⁵ 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.

¹⁶⁶ Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público;

do patrimônio público), bem como ao disposto no artigo 37, *caput*, CF88 (que estabelece os princípios da administração pública)¹⁶⁷.

Ressalte-se, em relação às pessoas jurídicas de direito público, a existência de divergência doutrinária em relação à necessidade de haver, ou não, pertinência sistemática entre a legitimidade ativa para a propositura da ação de improbidade e a efetiva repercussão em seu patrimônio, material ou moralmente considerado. Para Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, isso está relacionado ao próprio interesse de agir, “não guardando qualquer sentido, por exemplo, que a União Federal ajuíze uma ação civil pública por ato de improbidade administrativa verificado em detrimento do Estado, e vice-versa”¹⁶⁸. De outro lado, a tese de Hugo Mazzilli¹⁶⁹ e Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery¹⁷⁰, com a qual esta monografia se coaduna, porquanto ampliadora de direitos, de que, para a correta solução dos problemas processuais decorrentes da tutela jurisdicional dos direitos difusos e coletivos não se pode raciocinar com o instituto do interesse processual. Dessa sorte, o Estado de São Paulo, por exemplo, poderia ajuizar ação de improbidade no Amazonas, haja vista a natureza difusa do interesse em questão.

No que diz respeito às demais pessoas jurídicas, José Roberto Pimenta Oliveira defende não haver fundamento constitucional para restringir a legitimação ativa aos entes estatais, ainda que o artigo 17, §2º, da LIA faça referência à Fazenda Pública. Isso porque, na opinião do autor, o dispositivo trata apenas da legitimação ativa para fins de ressarcimento de dano ao erário, de caráter complementar à pretensão punitiva.

Dessa forma, considerando o disposto no artigo 1º da mencionada legislação¹⁷¹, o conceito de “pessoa jurídica interessada” abrangeria, além da União,

¹⁶⁷ 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:

¹⁶⁸ *Op. cit.* p. 619.

¹⁶⁹ *Op. cit.* p. 189-192.

¹⁷⁰ NERY JUNIOR, N.; NERY, R. M. A. **Código de Processo Civil Comentado**. 12 ed. São Paulo: RT, 2012. p. 1.137

¹⁷¹ 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.

Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra

Estados, Municípios e Distrito Federal: (a) entidade para cuja criação ou custeio ao erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual; (b) entidade que recebe subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público; e (c) entidades para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% do patrimônio ou receita anual.

Ainda, para Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, idêntico raciocínio deve ser dispensado aos recursos públicos direcionados às “Organizações Sociais” (Lei nº 9.637/9) e às “Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público” (Lei nº 9.790/99), pois,

Por ocasião da celebração dos “contratos de gestão” com o Poder Público, em regra, há previsão de transferência de recursos, bens e serviços, que, se malversados, em razão de sua origem popular, darão ensejo ao ajuizamento da ação civil de improbidade administrativa em face dos dirigentes e empregados da entidade”¹⁷².

De toda sorte, cumpre salientar ainda não haver posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre o cabimento, ou não, de tais interpretações extensivas ao conceito de “pessoa jurídica interessada”.

3.3.3 Pedido

Para Marino Pazzaglini Filho, a ação civil de improbidade administrativa possui dois objetivos fundamentais: (a) declarar o ato de improbidade administrativa, responsabilizando o agente público que o praticou e, se houver, terceiro com ele conluiado; e (b) decretar a punição dos réus com sanções civis, administrativas e políticas, bem como, conforme o caso, condená-los ao ressarcimento integral do dano efetivo causado por eles ao Erário e ao perdimento de bens ou valores acrescidos ilicitamente aos seus patrimônios¹⁷³.

com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

¹⁷² *Op. cit.* p. 620.

¹⁷³ PAZZAGLINI FILHO, M. **Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal: legislação e jurisprudência atualizadas.** São Paulo: Atlas, 2002. p. 178.

No mesmo sentido, Marcelo Figueiredo assevera que “O objeto da ação é múltiplo. Visa à reparação do dano, à decretação da perda dos bens havidos ilicitamente, bem como à aplicação das penas descritas na lei”¹⁷⁴.

Dessa forma, trata-se, na espécie, de pedido(s) imediato(s) de naturezas declaratória, condenatória e, eventualmente, (des)constitutiva, uma vez que o reconhecimento da improbidade administrativa pode envolver a desconstituição do ato ou contrato jurídico impugnado.

O pedido mediato, por sua vez, será a insubsistência do ato lesivo e a recomposição do *status quo ante*. Além disso, tendo em vista que o desiderato da ação de improbidade é a absolvição ou condenação dos réus nas penas previstas na LIA, o pedido deve ser delimitado, também, em razão da imputação dos fatos aduzida na petição inicial, pela postulação da aplicação das sanções pertinentes. Assim, sob o ponto de vista do direito material, cumpre ao autor da ação efetuar a tipificação objetiva formal e material da conduta funcional ilícita nos tipos da Lei nº 8.492/92 (art. 9º, 10 e 11), bem assim dar conta da tipificação subjetiva legalmente exigida e da comprovação da existência de antijuridicidade e culpabilidade no caso.

Insta referir, contudo, a ressalva de Eugênio Pacelli de Oliveira de não haver ofensa ao princípio da congruência entre o pedido e a sentença caso haja equívoco ou omissão, pelo autor, em apontar o bloco de sanções a serem aplicadas¹⁷⁵. Isso porque, uma vez que interessa ao Estado a correta aplicação do regime punitivo ao caso concreto, há a incidência, na ação de improbidade, do contido no *caput* do artigo 383 do Código de Processo Penal¹⁷⁶.

3.3.4 Sanções Cabíveis

As penas aplicáveis aos agentes públicos ímprobos estão relacionadas no já mencionado artigo 37, §4º, da CF88, dispositivo posteriormente regulamentado pelo artigo 12 da LIA, o qual, por sua vez, dividiu-as em sanções graduadas e fixas.

As primeiras, de acordo com a classificação do ato de improbidade administrativa impugnado, variam de intensidade, sendo maior para os atos que

¹⁷⁴ FIGUEIREDO, M. **Probidade Administrativa**: comentários à Lei 8.429/92 e Legislação Complementar. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. P. 191.

¹⁷⁵ *Op. cit.* P. 524-526.

¹⁷⁶ Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha que aplicar pena mais grave.

importam em enriquecimento ilícito (artigo 9º da LIA¹⁷⁷), média para os atos que causam lesão ao erário (artigo 10 da LIA¹⁷⁸) e menor para os que atentam contra os

¹⁷⁷ 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:

I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;

II - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado;

III - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado;

IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;

V - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem;

VI - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público;

VIII - aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade;

IX - perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza;

X - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado;

XI - incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei.

¹⁷⁸ 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:

I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

II - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

III - doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistências, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie;

IV - permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado;

V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado;

princípios da administração pública (artigo 11 da LIA¹⁷⁹). Podem ser das seguintes espécies: (a) suspensão dos direitos políticos; (b) multa civil; e (c) proibição de contratar com o poder público e receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

Por seu turno, as segundas são aplicáveis sem qualquer forma de graduação, e consistem (a) na perda da função pública; (b) no ressarcimento integral do dano; e (c) na perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio.

Como salientado por Marino Pazzaglini Filho, nenhuma das aludidas sanções possui natureza criminal. Primeiro, porque a norma constitucional supracitada é categórica: “sem prejuízo da ação penal cabível”; segundo, pela ênfase conferida pelo artigo 12 da LIA: “independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações (...)”

Então, segundo o mesmo autor, referidas medidas punitivas possuem (a) caráter político (suspensão dos direitos políticos); (b) político-administrativo (perda

VI - realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea;

VII - conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;

IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;

XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;

XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.

XIV – celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei;

XV – celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei. (Incluído pela Lei nº 11.107, de 2005)

¹⁷⁹ 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:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;

IV - negar publicidade aos atos oficiais;

V - frustrar a licitude de concurso público;

VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;

VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

da função pública); (c) administrativo (proibição de contratar com o Poder Público e receber benefício ou incentivos fiscais ou creditícios); e (d) civil (multa civil, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio)¹⁸⁰.

A suspensão dos direitos políticos consubstancia sanção graduada autônoma e imposta, pelo juízo estadual ou federal, na sentença que julgar procedente a ação de improbidade administrativa. Trata-se de restrição temporária do exercício do direito fundamental ao sufrágio eleitoral, de forma a operar a improbidade, assim, como causa de afastamento do indivíduo da cidadania¹⁸¹.

A punição de perda de função pública, por sua vez, configura a cessação ou ruptura compulsória do vínculo jurídico do agente público com o seu respectivo órgão ou entidade pública. Tal como a suspensão dos direitos políticos, é fixada pelo juízo estadual ou federal em que foi acolhida a pretensão combativa à improbidade administrativa. Ressalte-se que a sua incidência opera-se sobre a função pública em que o agente esteja exercendo no momento da decisão irrecorrível, e não sobre a exercida à época da prática do ato.

Já a proibição de contratar com o poder público e de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios é medida “imponível às pessoas físicas e jurídicas responsabilizadas pela improbidade nos termos da Lei nº 8.429/92”¹⁸². Trata-se de penalidade que implica em relevantes efeitos administrativos, pois, uma vez eficaz, opera a suspensão temporária do direito de participar de licitação, bem como dos direitos de isenção, anistia, remissão de dívidas tributárias e de receber subvenções e subsídios de entidades públicas.

A multa civil, por seu turno, é sanção pecuniária de natureza simplesmente punitiva (e não ressarcitória, reparatória ou cominatória)¹⁸³, graduada de acordo com

¹⁸⁰ *Op. cit.* p. 116.

¹⁸¹ NOBRE JÚNIOR, E. P. **Da perda e suspensão dos direitos políticos**. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n. 38, p. 114, 2002.

¹⁸² *Op. cit.* p. 318.

¹⁸³ José Roberto Pimenta Oliveira menciona as seguintes razões pelas quais a multa civil imposta pela Lei n. 8.429/92 possui *induidoso caráter punitivo*: (i) o status sancionatório da medida decorre primariamente da sua alocação no rol de sanções imponíveis pela prática de ato ímprobo, conforme artigo 12; (ii) com este desenho legal, a finalidade do ato sancionatório de conteúdo pecuniário está primariamente centrada na sua aptidão como instrumento de prevenção e punição do cometimento da improbidade; (iii) o ressarcimento de dano ocasionado por improbidade, no âmbito do sistema singular referido no artigo 37, §4º da Constituição, somente faz referência a prejuízos materiais, porque lesivos ao erário; (iv) o conceito constitucional de erário é inconfundível e ostenta nítido conteúdo patrimonial; (v) a indenização de dano moral ocasionado à entidade pública ou governamental, por ato ímprobo, pode ser cogitado apenas no conteúdo; (vi) portanto, a multa civil do

a espécie do ato de improbidade administrativa e revertida à entidade pública vítima da prática.

A sanção de ressarcimento integral do dano ao erário, diferentemente, possui natureza indenizatória, pois, como salienta Maria Sylvia Zanella Di Pietro,

constitui uma forma de recompor o patrimônio lesado. Seria cabível, ainda que não previsto na Constituição, já que decorre do artigo 159 do Código Civil de 1916, que consagrou, no direito positivo, o princípio geral segundo o qual quem quer que cause dano a outrem é obrigado a repará-lo. A norma repete-se no artigo 186 do novo Código Civil, com o acréscimo de menção expressa ao dano moral¹⁸⁴.

Deve-se ressaltar que a reparação do dano será obrigatória quando se tratar de ato de improbidade administrativa lesivo ao erário (artigo 10) e condicional à efetiva comprovação do prejuízo patrimonial ocorrido na hipótese de enriquecimento ilícito (artigo 9º). Ainda, merece ser destacado que essa sanção, por força da norma constitucional prevista no artigo 37, §5º¹⁸⁵, não prescreve, de sorte que são imprescritíveis as ações contra os agentes públicos que, por ato de improbidade administrativa, causaram lesão ao erário.

artigo 12 não visa compensar dano moral produzido pelo ato de improbidade administrativa; (vii) a adjetivação da multa civil não quer significar parcela devida a título de responsabilidade civil, pois tem justificativa clara na distinção da sanção impositiva na jurisdição civil da sanção pecuniária que os mesmos fatos venham autorizar na jurisdição criminal, revelando ostensivamente a autonomia do regime arquitetado pela Lei n. 8.429/92. (*Op. Cit.* p. 315)

¹⁸⁴ DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo** (...). p. 900.

¹⁸⁵ 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:

(...)

§ 5º - A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

4 APONTAMENTOS CRÍTICOS SOBRE A LEGITIMIDADE ATIVA DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

4.1 A LEGITIMIDADE DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA COMO UMA ESCOLHA LEGISLATIVA DE PODER

Diante do exposto no capítulo anterior, salta aos olhos a inversa proporcionalidade entre a extensão dos legitimados ativos para a propositura dos instrumentos de controle dos atos de improbidade administrativa e os respectivos pedidos cabíveis. Imperioso se faz, então, considerando o discorrido sobre a instrumentalidade do processo e o acesso à justiça, analisar a razão pela qual houve a opção legislativa de que, na ação prevista na Lei nº 8.429/1992, o acesso direto à justiça para o controle da corrupção seja limitado ao Ministério Público e à pessoa jurídica interessada.

Primeiramente, cumpre ser brevemente mencionada¹⁸⁶ a divergência doutrinária sobre a aplicação, ou não, da LIA aos agentes políticos sujeitos, nos termos da Lei nº 1.079/50¹⁸⁷, ao processamento por crime de responsabilidade.

No Superior Tribunal Federal (STF), em caso envolvendo Ministro de Estado, vingou a tese da inaplicabilidade, ao argumento de que

Se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, §4º) pudesse abranger a concorrência entre os dois regime de responsabilidade especial, ter-se-ia uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, c, da Constituição”, razão pela qual “somente o STF pode processar e julgar Ministro de Estado no caso de crime de responsabilidade e, assim, eventualmente, determinar a perda do cargo ou a suspensão de direitos políticos.¹⁸⁸

Por sua vez, a corrente contrária, defendida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ)¹⁸⁹, e que aqui será adotada, é explicada por Teori Albino Zavascki da seguinte forma:

¹⁸⁶ Sobre o tema, aprofundadamente: ZAVASCKI, T. A. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

¹⁸⁷ Lei que define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento.

¹⁸⁸ STF, Tcl. 2.138, p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, DJ 10.04.2008.

¹⁸⁹ O STJ, por unanimidade da sua Corte Especial, acolheu o entendimento aqui defendido, ao julgar a Rcl. 2.790, DJ 04.03.2010.

a Constituição não impede, mas, ao contrário, admite expressamente (no §4º do art. 37) a duplicidade de regime (civil e penal) para os ilícitos de improbidade. Ademais, nem todos os atos de improbidade previstos na Lei 8.429/92 estão tipificados como crimes pela Lei 1.079/50, razão pela qual o duplo regime somente se configuraria, se proibido fosse, em relação às tipificações coincidentes, não quanto às demais.¹⁹⁰

Conclui o autor, em sinopse, que, excetuada a hipótese de atos de improbidade praticados pelo presidente da República (sujeitos, por força da própria Constituição, a regime especial), não há norma constitucional alguma que imunize os agentes políticos, sujeitos a crime de responsabilidade, de qualquer das sanções por ato de improbidade previstas no artigo 37, §4º, da CF88¹⁹¹.

Então, superada a questão sobre a aplicabilidade das sanções aos agentes políticos, necessário se faz analisar a influência do interesse privado no procedimento em questão.

Segundo Mateus Bertoncini, a causa da corrupção política e administrativa reside no choque entre o interesse público e o interesse privado, com este último, de qualquer modo e por meios ilegais, tentando vergar e sujeitar os interesses da sociedade politicamente organizada. Assim, o interesse público primário, que haveria de preponderar nesse conflito, acaba, pela via da corrupção, cedendo aos desejos egoísticos e aos interesses individuais pessoais ou de grupos de pressão privados¹⁹².

O autor completa, ainda, que

Os agentes públicos, de longa data, em especial os detentores de poder político, em considerável medida, ao assumirem suas funções passam a fazer da coisa pública e do Estado coisa própria, espaço privado, de uso pessoal; desviam a entidade estatal do atendimento das finalidades públicas a que se destina, para voltá-la aos seus interesses particulares e de seus apaniguados, lesando, assim o indisponível interesse público, além de legítimos interesses particulares, verdadeiramente frustrados mediante as mais diversas práticas de abuso de poder (coronelismo, filhotismo, nepotismo, empreguismo etc.)¹⁹³.

No mesmo sentido, Francisco Bilac Moreira Pinto menciona que os 'grupos de pressão' e os outros agentes ativos da corrupção atuam no sentido de desviar o Estado do seu roteiro normal, a fim de que a lei, o ato ou contrato administrativo

¹⁹⁰ *Op. cit.* p. 107

¹⁹¹ *Op. cit.* p. 108

¹⁹² *Op. cit.* p. 32-33.

¹⁹³ *Idem.* p. 30-31.

contemplem especialmente interesses privados que aqueles defendem e representam, os quais quase sempre colidem com o interesse público. Seria, então, no choque entre o interesse público e o interesse privado que se encontraria a causa da corrupção política e administrativa¹⁹⁴.

Ademais, compartilhando da mesma opinião, Emerson Garcia e Rogério Pacheco discorrem que, via de regra, a corrupção é deflagrada por grupos de pressão, que atuam de forma sistemática junto aos poderes constituídos visando à consecução de seus objetivos, culminando em direcionar-se para aquela vertente sempre que não alcancem fins por meios diversos¹⁹⁵.

É essa histórica deturpação, assim, a responsável pela apatia da sociedade brasileira aos casos de corrupção e, conseqüentemente, pelo entrave ao acesso à justiça nas hipóteses de improbidade administrativa. Passados mais de um século de Brasil República, a corrupção continua a distorcer a relação que deve haver entre o interesse público e o interesse privado, preponderando este nas situações de conflito com aquele, “por deficiência moral de uma parcela dos agentes públicos, tudo como se fosse algo normal e permitido, percepção da realidade que vem sendo historicamente realimentada por esse ‘regime da impunidade’”¹⁹⁶.

No nosso país a cultura da improbidade ainda se faz muito presente, sendo a modesta tendência da sociedade brasileira de enfrentar tal fenômeno um alento à postura apática até então experimentada. Nesse viés, assevera Mateus Bertoncini que

ao que parece, o que pretendem as elites brasileiras com a Lei nº 8.429/92 é o mesmo destino do instituto do impeachment previsto atualmente no art. 84 da CF, e regulado pela Lei 1.079/50: “uma falácia institucional, pomposa e inútil”, o que se confirmará, acaso a sociedade civil e a população não se despertem para esse processo de desfiguração e esgotamento do mencionado diploma legal, já em curso avançado.¹⁹⁷

Portanto, mais uma vez deve ser referida a existência de um círculo vicioso entre a apatia da sociedade civil brasileira aos atos de improbidade administrativa e as opções legislativas referentes aos instrumentos de controle da corrupção, especialmente no que alude à legitimação para agir da Lei nº 8.429/92.

¹⁹⁴ *Apud* Bertoncini (p. 33).

¹⁹⁵ *Op. cit.* p. 20.

¹⁹⁶ *Op. cit.* p. 31.

¹⁹⁷ *Idem.* p. 43-44.

Pois, por qual razão o legislador infraconstitucional, agente político (e, como já mencionado, sujeito às sanções da LIA) garantiria amplo acesso à justiça para a tutela da improbidade, se a própria sociedade civil não dispensa muita atenção a tais atos?

4.2 O PAPEL DOS OPERADORES DO DIREITO NA INTERPRETAÇÃO DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Como já repisado ao longo desta monografia, a análise meramente formal da improbidade administrativa, especialmente no que concerne à sua legitimidade ativa, não permite a apreensão completa da categoria. Isso porque, apesar da imprescindibilidade do conteúdo e da linguagem normativa, necessária se faz a contabilização de outros dados desconsiderados pelo mencionado modelo epistemológico.

Nesse viés, Mateus Bertoncini argumenta que tratar o ato de improbidade pelo aspecto exclusivamente científico,

além de não expressar a real complexidade dessa categoria, permite escamotear, pelo emprego de uma reluzente retórica, pragmaticamente levada a cabo pelos operadores do direito, um dos mais relevantes problemas sociais brasileiros, qual seja, “a cultura de improbidade”, verdadeira ideologia que de há muito transgride e lesa o país, condenando-o ao atraso e à grande desigualdade social, impedindo a construção de um verdadeiro espaço democrático.¹⁹⁸

Assim é que, conforme defendem autores como Eros Grau, Lenio Streck, Luiz Alberto Warat, Tércio Sampaio Ferraz Jr., Luiz Fernando Coelho e Clèmerson Merlin Clève¹⁹⁹, imprescindível se faz uma visão crítica do direito. Esta, a partir da consideração comprometida das técnicas tradicionais de interpretação, bem como de elementos como o direito posto e o direito pressuposto, a teoria da linguagem, a historicidade, a ideologia, a democracia e os preceitos constitucionais, mostra-se hábil a superar, com êxito e vantagens, o dogmatismo tradicional²⁰⁰.

E, como defende Mateus Bertoncini, a revelação do funcionamento ideológico dos argumentos e a desmistificação da neutralidade dos juristas são fundamentais

¹⁹⁸ *Op. cit.* p. 121.

¹⁹⁹ *Apud* Bertoncini (p. 121).

²⁰⁰ *Op. cit.* p. 121.

para a correta compreensão da Lei nº 8.429/92, já que “A imensa força da corrupção historicamente presente na vida nacional não pode ser ignorada na interpretação e na conceituação dos atos de improbidade administrativa (...)”²⁰¹.

Nessa superação, então, mostra-se relevante e fundamental o comprometimento do Poder Judiciário, já que, sem a sua firme atuação, no sentido de com retidão julgar os casos de improbidade administrativa e fixar as sanções correspondentes, será bastante difícil ultrapassar os valores hoje dominantes. Como refere Lenio Luiz Streck:

*À evidência, toda essa valorização da especificidade do direito e das categorias jurídicas – próprias no Estado Democrático de Direito em face do deslocamento do centro de decisões politicamente relevantes do Legislativo e do Executivo em direção ao Judiciário – passa, necessariamente, pela concepção de uma hermenêutica que, ultrapassando as concepções metafísico-ontológicas, assumam seu papel de (inter)mediação e, portanto, produção/construção/adjudicação do sentido.*²⁰²

Com efeito, o enfrentamento da corrupção consubstancia ideologia constitucional e necessidade imprescindível do Estado e da sociedade brasileira, para que possam ser construídas e cumpridas, gradativamente, as promessas estampadas na Carta Magna: sociedade livre, justa e solidária; desenvolvimento nacional; erradicação da pobreza e da marginalização; e redução das desigualdades sociais e regionais.

E, sem o compromisso com a vontade da Constituição, sob o falacioso manto da neutralidade, os operadores do direito certamente assumem postura apartada da dinâmica social, para se posicionar de uma dita legalidade infraconstitucional, afim de manter incólume e segura

a ideologia dominante em parcela significativa dos círculos de poder, representada pela histórica, constante, volumosa e lesiva corrupção administrativa, contribuindo, assim, inconscientemente, por meio da dogmática jurídica descompromissada, para a socialização, homogeneização e perpetuação da setorial cultura de improbidade, cujos ilegítimos valores contrastam com a linguagem e a ideologia universalmente acolhidas e tornadas norma pela Constituição de 1988.²⁰³

²⁰¹ *Op. cit.* p. 128.

²⁰² STRECK, L. L. **Hermenêutica jurídica e(m) crise** – Uma exploração hermenêutica da construção do direito. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 253-254.

²⁰³ *Op.cit.* p. 142.

Corroborando o entendimento, André Ramos Tavares menciona: “É absolutamente vedada a interpretação da Constituição conforme às leis. Não se pode fazer uso de conceitos legais para pretender exprimir conceitos constitucionalmente conformados”²⁰⁴.

Assim, considerando que dentre as promessas da CF88 se insere o programa de implementação da cultura de probidade na administração pública, imprescindível se faz que o intérprete da LIA considere a linguagem e a ideologia constitucional, a partir da compreensão de seus reais contextos linguístico, funcional e sistêmico.

4.3 PROPOSTAS DOUTRINÁRIAS PARA A ABERTURA DA LEGITIMIDADE ATIVA DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA AOS CIDADÃOS E ÀS ASSOCIAÇÕES CIVIS

Em que pese a jurisprudência²⁰⁵ e a doutrina²⁰⁶, praticamente à unanimidade, não admitirem a legitimidade ativa da sociedade civil, em especial dos cidadãos e das associações civis, na seara da improbidade administrativa, alguns autores, a partir de interpretação sistemática do “microsistema de tutela dos interesses difusos referentes à probidade da administração pública”²⁰⁷, posicionam-se em mão

²⁰⁴ TAVARES, A. R. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 81.

²⁰⁵ Nesse sentido, a seguinte decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PROPOSTURA POR ASSOCIAÇÃO DE ESTUDOS E DEFESA DO CONTRIBUINTE. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO, CUJA CRIAÇÃO E CUSTEIO NÃO OCORREU ÀS EXPENÇAS DO ERÁRIO, SENDO TAMPOUCO INCORPORADA AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. ILEGITIMIDADE AD CAUSAM. INAPLICABILIDADE DA LEI Nº 7.437/85. REGRA DA ESPECIALIDADE. INCIDÊNCIA DA LEI Nº 8.429/92, ARTIGO 17, COMBINADO COM O ARTIGO 1º, CAPUT. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. (TJPR – APL Nº 590997-5 – Rel. Des. Maria Aparecida Blanco de Lima – Julgamento em 30/03/2010)

²⁰⁶ Na dicção de Eurico Ferraresi “As associações civis não possuem legitimidade para manejar ação de improbidade administrativa. É muito comum a criação de associações de “proteção à cidadania” que instituem em seus atos constitutivos a proteção ao erário. Por diversas formas poderão realizar essa proteção, seja fiscalizando os agentes públicos, seja cobrando dos responsáveis a atuação pobra e correta; mas o fato é que não poderão propor ações que tenham como causa de pedir a descrição da conduta ímproba e como pedido a aplicação das sanções previstas na LIA.” (**Improbidade Administrativa**: Lei nº 8.429/1992 comentada. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p. 175). Ainda, pela negativa de legitimidade ativa ao cidadão para ação de improbidade, cf. LOBO. A ação prevista na lei de improbidade administrativa: competência, legitimidade, interesse de agir e outros aspectos polêmicos. *Revista de Processo*, n. 148, p. 70; MARTINS JÚNIOR. Alguns meios de investigação da improbidade administrativa. *Justitia*, n. 175, p. 47.

²⁰⁷ Expressão utilizada por ocasião do julgamento do REsp. 401/964/RO: “A carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37 da CF como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microsistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade na administração pública, nele encartando-se a Ação

contrária, apresentando propostas argumentativas para a abertura da legitimidade àqueles.

4.3.1 Cidadãos

Em relação aos cidadãos, autores como José Afonso da Silva e José Roberto Pimenta Oliveira defendem que a Constituição fornece também base normativa para a aferição da sua legitimidade para o ajuizamento de ação de improbidade administrativa.

Isso porque, sob a ótica do direito político de atuar em defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa, não se pode esgotar o conteúdo constitucional desse direito à propositura da ação popular, já que as garantias elencadas no artigo 5º não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Magna Carta (artigo 5º, §2º²⁰⁸).

Assim, tendo-se em vista o bem jurídico da probidade administrativa e os protegidos pela ação popular – patrimônio público e moralidade administrativa – deve-se reconhecer, como assevera José Afonso da Silva, a existência de outra garantia constitucional política assegurada ao cidadão para propositura da ação de improbidade, porque derivada diretamente do princípio republicano e do princípio da moralidade acolhidos no Texto Maior²⁰⁹.

No mesmo sentido, José Roberto Pimenta Oliveira propõe que

A não inserção do cidadão no texto do art. 17 da Lei nº 8.429/92 não elimina a legitimação, porque, na condição de garantia constitucional, está protegida em plano normativo de hierarquia superior, cabendo ao Poder Judiciário assegurar o exercício pleno da posição jurídica fundamental, em concretização às regras e princípios da Constituição.²¹⁰

Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas” (Rel. Min. Luiz Fux, un., j. 22/10/2002). Em idêntico sentido: REsp. 510/150/MA, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 17/02/2004.

²⁰⁸Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

²⁰⁹ SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 417.

²¹⁰ *Op. cit.* p. 354.

4.3.2 Associações civis

No que diz respeito às associações civis, parte da doutrina - da qual fazem parte Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves e José Roberto Pimenta Oliveira - defende que, se realizada interpretação sistemática e teleológica do artigo 17 da Lei nº 8.429/92²¹¹ com o artigo 5º da Lei nº 7.437/85²¹², uma vez que o instrumento em

²¹¹ 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.

§ 1º É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput.

§ 2º A Fazenda Pública, quando for o caso, promoverá as ações necessárias à complementação do ressarcimento do patrimônio público.

~~§ 3º No caso da ação principal ter sido proposta pelo Ministério Público, a pessoa jurídica interessada integrará a lide na qualidade de litisconsorte, devendo suprir as omissões e falhas da inicial e apresentar ou indicar os meios de prova de que disponha.~~

§ 3º No caso de a ação principal ter sido proposta pelo Ministério Público, aplica-se, no que couber, o disposto no § 3º do art. 6º da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965.

§ 4º O Ministério Público, se não intervir no processo como parte, atuará obrigatoriamente, como fiscal da lei, sob pena de nulidade.

§ 5º A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto.

§ 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.

§ 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.

§ 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.

§ 10. Da decisão que receber a petição inicial, caberá agravo de instrumento. § 11. Em qualquer fase do processo, reconhecida a inadequação da ação de improbidade, o juiz extinguirá o processo sem julgamento do mérito.

§ 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.

²¹² Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

I - o Ministério Público;

II - a Defensoria Pública;

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

V - a associação que, concomitantemente:

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

§ 1º O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

§ 2º Fica facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes.

~~§ 3º Em caso de desistência ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público assumirá a titularidade ativa.~~

§ 3º Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa.

tela possui caráter de ação civil pública, os demais legitimados à propositura desta gozariam do mesmo status jurídico no âmbito da improbidade administrativa.

Para José Roberto Pimenta Oliveira, o fundamento para essa tese é que, no campo da defesa dos direitos difusos, a interpretação deve ser ampliativa, para que se possa estender ao máximo a possibilidade de plena efetividade na ordem constitucional.

Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, complementando, inferem haver razões tanto políticas quanto jurídicas para o desacerto da interpretação restritiva.

Quanto às primeiras, referem que a legitimação das associações civis significa importante ferramenta de democracia participativa, cujo fundamento encontra arrimo no próprio texto constitucional (artigo 1º, parágrafo único; artigo 5º, XVII, XXI, XXXIII, XXXIV, XXXVIII, LXX, LXXIII²¹³; artigo 14²¹⁴, artigo 17²¹⁵; etc.).

§ 4.º O requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

§ 5.º Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta lei. (Vide Mensagem de veto) (Vide REsp 222582 /MG - STJ)

§ 6.º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial. (Vide Mensagem de veto) (Vide REsp 222582 /MG - STJ)

²¹³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;

(...)

XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente;

(...)

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

(...)

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;

(...)

XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

a) a plenitude de defesa;

b) o sigilo das votações;

c) a soberania dos veredictos;

d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

a) partido político com representação no Congresso Nacional;

b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

(...)

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

²¹⁴ Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

I - plebiscito;

II - referendo;

III - iniciativa popular.

§ 1º - O alistamento eleitoral e o voto são:

I - obrigatórios para os maiores de dezoito anos;

II - facultativos para:

a) os analfabetos;

b) os maiores de setenta anos;

c) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos.

§ 2º - Não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos.

§ 3º - São condições de elegibilidade, na forma da lei:

I - a nacionalidade brasileira;

II - o pleno exercício dos direitos políticos;

III - o alistamento eleitoral;

IV - o domicílio eleitoral na circunscrição;

V - a filiação partidária;

VI - a idade mínima de:

a) trinta e cinco anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador;

b) trinta anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal;

c) vinte e um anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e juiz de paz;

d) dezoito anos para Vereador.

§ 4º - São inelegíveis os inalistáveis e os analfabetos.

~~§ 5º - São inelegíveis para os mesmos cargos, no período subsequente, o Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido, ou substituído nos seis meses anteriores ao pleito.~~

§ 5º O Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido, ou substituído no curso dos mandatos poderão ser reeleitos para um único período subsequente.

§ 6º - Para concorrerem a outros cargos, o Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal e os Prefeitos devem renunciar aos respectivos mandatos até seis meses antes do pleito.

§ 7º - São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição.

§ 8º - O militar alistável é elegível, atendidas as seguintes condições:

I - se contar menos de dez anos de serviço, deverá afastar-se da atividade;

II - se contar mais de dez anos de serviço, será agregado pela autoridade superior e, se eleito, passará automaticamente, no ato da diplomação, para a inatividade.

~~§ 9º - Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.~~

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

§ 10 - O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude.

§ 11 - A ação de impugnação de mandato tramitará em segredo de justiça, respondendo o autor, na forma da lei, se temerária ou de manifesta má-fé.

Ademais, ressaltam que isso visa à correção do grave erro representado pela legitimação exclusiva de entes estatais para a proteção dos interesses difusos, já que a representatividade associativa seria um sistema que, criticamente, assumiria a impotência do Estado para a tutela dos interesses difusos²¹⁶. Completam os autores que

se hoje se reconhece que a corrupção representa uma das principais causas do verificado desvio do Estado de sua finalidade essencial, que é a de atender aos reclamos da coletividade, não se pode excluir da sociedade, através de seus canais mais organizados, a possibilidade de participar da “correção dos rumos” do ente político.²¹⁷

Em termos jurídicos, diante da já ressaltada imprecisão da regra contida no artigo 17 da LIA, entendem possível a aplicação “esclarecedora” do artigo 5º, V, da LACP, “bastando, para tanto, que, ante a natureza dispersa do interesse considerado, se considere a associação uma “pessoa jurídica interessada”. Tal interpretação, aliás, não implicaria uma indevida ampliação de hipótese de legitimação extraordinária, já que os casos de substituição processual podem ser retirados do “sistema jurídico como um todo”²¹⁸, sob pena de fragilização do acesso à justiça no que alude à defesa do patrimônio público e afronta à tese de que tais interesses devem receber a incidência de uma mesma “malha legal protetiva”

²¹⁵ Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:

I - caráter nacional;

II - proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes;

III - prestação de contas à Justiça Eleitoral;

IV - funcionamento parlamentar de acordo com a lei.

~~§ 1º - É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento, devendo seus estatutos estabelecer normas de fidelidade e disciplina partidárias.~~

§ 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária.

§ 2º - Os partidos políticos, após adquirirem personalidade jurídica, na forma da lei civil, registrarão seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral.

§ 3º - Os partidos políticos têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei.

§ 4º - É vedada a utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar.

²¹⁶ *Op. cit.* p. 626.

²¹⁷ *Ibidem.*

²¹⁸ Nesse sentido Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves mencionam as seguintes obras: Waldemar Mariz de Oliveira Jr., **Substituição Processual**, p. 135; Nelson Nery Jr. E Rosa Maria Andrade Nery, **Código de Processo Civil Comentado**, p. 259; Mancuso, **Interesses Difusos**, p. 193, citando Barbosa Moreira e Arruda Alvim.

(artigos 1º, IV²¹⁹, e 21²²⁰, da Lei nº 7.347/85, com redação dada pela Lei nº 8.078/90).

Aliás, a efetiva participação das associações civis na esfera da improbidade administrativa atenderia não somente ao ideário da democracia participativa, mas também conveniências práticas, haja vista o preocupante volume de trabalho do Ministério Público. Conforme já se teve a oportunidade de mencionar, apesar de possuir integrantes de notório comprometimento, tal instituição encontra atualmente dificuldades para responder, a contento, aos legítimos reclamos da sociedade.

Em relação a possíveis temores de que as associações ajam de forma temerária, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves ressaltam haver, na própria legislação, mecanismos preventivos e repressivos contra aquele que atua de má-fé (artigo 17 da Lei nº 7.347/85²²¹ e artigo 17, §6º, da Lei nº 8.429/92).

Ainda, refutam a alegação de que, em virtude da pouca experiência daquelas no campo dos direitos difusos, haveria riscos às próprias pretensões veiculadas, pois: (a) o Ministério Público atuará sempre como *custus legis*, quando não figurar como autor da demanda (artigo 17, §4º, da Lei nº 8.429/92 e artigo 5º, §1º, da Lei nº 7.347/85); (b) a pessoa jurídica de Direito Público lesada será igualmente chamada à lide, podendo atuar ao lado da associação (art. 17, §3º, da Lei nº 8.429/92); (c) ao Ministério Público ou outro legitimado caberá assumir o processo em caso de desistência infundada (art. 5º, §3º, da Lei nº 7.347/85); (d) é possível o litisconsórcio ativo entre as associações civis e os demais legitimados ativos, especialmente o Ministério Público, “interlocutor natural dos organismos sociais organizados”²²².

Ademais, no mesmo sentido argumentativo, ressaltam a inaplicabilidade do artigo 2º-A, parágrafo único da Lei nº 9.494/97²²³, já que a ação de improbidade

²¹⁹ Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

(...)

IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

²²⁰ Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

²²¹ Art. 17. Em caso de litigância de má-fé, a associação autora e os diretores responsáveis pela propositura da ação serão solidariamente condenados em honorários advocatícios e ao décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos.

²²² *Op. cit.* p. 629.

²²³ Art. 2º-A, parágrafo único: Nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembleia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços.

administrativa não é contra os entes federativos, mas, ao contrário, visam os substitutos processuais a recomposição do patrimônio público desfalcado.

Por derradeiro, mencionam a coadunação da abertura da legitimidade ativa às associações civis com o artigo III, 11, da Convenção Interamericana de Combate à Corrupção (Decreto nº 4.410/2002)²²⁴, pelo qual devem os Estados Partes instituir “mecanismos para estimular a participação da sociedade civil e de organizações não-governamentais nos esforços para prevenir a corrupção”.

²²⁴ Artigo III – Medidas preventivas

Para os fins estabelecidos no artigo II desta Convenção, os Estados Partes convêm em considerar a aplicabilidade de medidas, em seus próprias sistemas institucionais destinadas a criar, manter e fortalecer:

(...)

11. Mecanismos para estimular a participação da sociedade civil e de organizações não-governamentais nos esforços para prevenir a corrupção.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No atual ordenamento constitucional brasileiro, em virtude da regra contida no artigo 37, §4º, a proibidade administrativa configura direito metaindividual difuso, pois, à vista dos princípios que regem a administração pública – legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência - consubstancia interesse indivisível e titularizado por toda a sociedade. É que, para que a democracia possa ser efetivamente vivenciada nos moldes estampados na CF88, imprescindível se faz a existência de honestidade, eficiência e zelo nos atos governamentais.

Nesse sentido, a análise da improbidade administrativa por um viés processual mostra-se de especial relevância, haja vista que o arcabouço fornecido pelo ordenamento jurídico para a tutela de tal interesse difuso interfere, diretamente, na consecução dos efeitos práticos pretendidos: a punição dos agentes ímprobos.

Entretanto, deve-se ressaltar que a visão dispensada ao processo como um todo - e, conseqüentemente, ao processo coletivo e aos atos de improbidade administrativa - deve ser instrumental, levando em conta a realidade fática, para que a exegese dos diplomas legais pertinentes ocorra em conformidade aos valores estampados na Carta Magna, bem assim leve em conta o contexto que rege a matéria. Isso porque a corrupção e a improbidade administrativa estão diretamente relacionadas aos interesses particulares dos detentores do poder, os quais, através de meios obtusos - como a escolha legislativa sobre a *legitimatio ad causam* - pretendem a manutenção desse quadro de entrave ao completo desenvolvimento econômico e social do nosso país.

Destaca-se, então, o tema pertinente ao acesso à justiça, que pode ser entendido tanto pelo viés da acessibilidade igualitária de todos perante o sistema jurídico e quanto pelo da ocorrência de resultados práticos individual e socialmente justos.

Na realidade fática, entretanto, as tradicionais limitações de acesso à justiça configuram obstáculos graves à efetiva realização dos escopos processuais e, por conseguinte, dos efeitos práticos pretendidos, sendo que as causas para o fenômeno estão situadas nos campos econômico, jurídico e psicossocial. E, em se tratando especificamente da improbidade administrativa e da impunidade no Brasil, nota-se que a origem do problema possui caráter cultural, uma vez que a ineficácia das legislações contrárias à corrupção se deve, de um lado, à absoluta apatia das

elites em reagir contra os desmandos administrativos, e, de outro à insuficiência do espírito público - e da consequente “vontade” em exercer a cidadania - da sociedade civil brasileira.

Há, atualmente, três instrumentos coletivos de controle dos atos de improbidade administrativa no ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam, a ação popular, a ação civil pública e a ação de improbidade administrativa. Em que pese poderem veicular pretensão decorrente desse mesmo interesse difuso, cada uma delas possui traços próprios, sendo marcante, nesse interim, a inversa proporcionalidade entre o rol de legitimados ativos e a extensão dos pedidos possíveis. Isso porque (a) a ação popular é aberta a todos os cidadãos, mas se limita à declaração de nulidade do ato lesivo e ao ressarcimento ao erário; (b) a ação civil pública pode ser veiculada por pessoas jurídicas que atendam aos requisitos legais e pelo Ministério Público, contudo o pedido se restringe a obrigação de fazer ou não-fazer, eventualmente cumulada com obrigação pecuniária; e (c) a ação de improbidade administrativa pode ser ajuizada tão somente pelo Ministério Público e pela pessoa jurídica interessada, porém é hábil à aplicação de severas sanções aos agentes ímprobos.

Nota-se, diante das particularidades de cada uma das ações mencionadas, considerando a aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos, que a opção legislativa acerca da respectiva ação constitui uma escolha de poder, pois, por qual razão o legislador infraconstitucional, agente político, garantiria amplo acesso à justiça para a tutela improbidade, se a própria sociedade civil não dispensa muita atenção a tais atos? Conclui-se e percebe-se e, então, (pela) a existência de um ciclo vicioso entre a apatia da sociedade e as decisões políticas voltadas aos interesses particulares dos que exercem o poder.

Diante de tal quadro, mostram-se fundamentais, para a correta compreensão da Lei de Improbidade Administrativa, a revelação do funcionamento ideológico dos argumentos e a desmistificação da neutralidade do jurista. Na tarefa, exige-se do intérprete uma análise contextualizada da norma, bem como um indispensável juízo de valor, que ultrapasse o exame meramente formal. É que tal exegese, a partir da consideração comprometida das técnicas tradicionais de interpretação, bem como de elementos como o direito posto e o direito pressuposto, a teoria da linguagem, a historicidade, a ideologia, a democracia e os preceitos constitucionais, mostra-se hábil a superar, com êxito e vantagens, o dogmatismo tradicional.

Ademais, ainda que a doutrina e a jurisprudência, quase que unanimemente, não admitam a legitimidade ativa da sociedade civil na seara administrativa, alguns autores, a partir de uma interpretação sistemática do “microsistema de tutela dos interesses difusos referentes à probidade administração pública”, apresentam propostas de argumentativas para a abertura da legitimidade aos cidadãos e às associações civis.

Em relação aos primeiros, a conferência de legitimidade ativa encontraria arrimo, principalmente, no direito constitucional de ação e em princípios como republicano e o da moralidade. Por sua vez, no que concerne às segundas, o fundamento é revelado, em sinopse, a partir de uma interpretação sistemática e teleológica do artigo 17 da Lei nº 8.429/92 com o artigo 5º da Lei nº 7.437/85. Por fim, a abertura da legitimidade ativa às associações civis estaria de acordo com o contido no artigo III, 11, da Convenção Interamericana de Combate à Corrupção.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, C. E. R. **Defensoria pública deve propor ação de improbidade** - Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-jan-21/defensoria-legitimidade-propor-acao-improbidade-administrativa> - Acesso em 19 jul. 2012.

ARENHART, S. C.; MARINONI, L. G. **Manual do processo de conhecimento**. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

_____. **Manual do processo de conhecimento**. 7. ed. São Paulo: RT, 2008.

BERTONCINI, M. **Ato de improbidade administrativa: 15 anos da Lei 8.429/92**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

CAPPELLETTI, M; GARTH, B. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

DI PIETRO, M. S. Z. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DINAMARCO, C. R.. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

FERRARESI, E. **Improbidade administrativa: Lei nº 8.429/1992 comentada**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

FIGUEIREDO, M. **Probidade administrativa: comentários à Lei 8.429/92 e Legislação Complementar**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GABARDO, E. **Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GARCIA, E.; ALVES, R. P. **Improbidade administrativa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

GRINOVER, A. P. **Novas tendências do Direito Processual**. São Paulo: Forense Universitária, 1990

_____. **A tutela jurisdicional dos interesses difusos**. VII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil. São Paulo. 1978.

_____. **A tutela dos interesses difusos** (coordenação). São Paulo: Max Limonad, 1984.

HORTA, R. M. Improbidade e corrupção. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 236, p. 127, abr./jun. 2004.

LENZA, P. **Teoria geral da ação pública**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MANCUSO, R. C. **Ação popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente**. 5. ed. São Paulo: RT, 2003.

_____. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARTINS JÚNIOR, W. P. **Probidade administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MAZZILLI, H. N. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MEIRELLES, H. L. **Direito administrativo brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MORAIS, J. L. B. **Do direito social aos interesses transindividuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

NERY JUNIOR, N.; NERY, R. M. A. **Código de Processo Civil Comentado**. 12 ed. São Paulo: RT, 2012. p. 1.137

NOBRE JÚNIOR, E. P. **Da perda e suspensão dos direitos políticos**. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n. 38, p. 114, 2002.

OLIVEIRA, J. R. P. **Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

OLIVEIRA, E. P. **Curso de processo penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

PAZZAGLINI FILHO, M. **Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal: legislação e jurisprudência atualizadas**. São Paulo: Atlas, 2002.

RIBEIRO, M. T. M. **O princípio da imparcialidade da Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 1996.

SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, O. A. B. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. Volume 1. 4. ed. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 1998.

STRECK, L. L. **Hermenêutica jurídica e(m) crise** – Uma exploração hermenêutica da construção do direito. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 253-254.

TAVARES, A. R. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

VENTURI, E. **A tutela executiva dos direitos metaindividuais nas ações coletivas**. São Paulo: Malheiros, 2000.

ZAVASCKI, T. A. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Ação popular e moralidade administrativa. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo**, mai-ago, 1990, n. 63, p. 55.