

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO

POSSIBILIDADE DO MANEJO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA NA DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO

Rafael de Moraes Lima

Florianópolis/ novembro/ 1997

POSSIBILIDADE DO MANEJO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA NA DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO

Rafael de Moraes Lima

Monografia apresentada ao
Curso de Graduação em Direito
da Universidade Federal de
Santa Catarina, como
requisito à obtenção do grau
de bacharel em direito.

ORIENTADO POR:
PROF.: EDUARDO MELLO E SOUZA

Florianópolis
Novembro - 1997

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO

A presente monografia final, intitulada **Possibilidade do Manejo da Ação Civil Pública na Defesa do Patrimônio Público**, elaborada por **Rafael de Moraes Lima** e aprovada pela banca examinadora composta pelos professores abaixo assinados, obteve aprovação com nota 9,5 (nove e meio), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no art. 9º da Portaria nº 1.886/94/MEC, regulamentado na UFSC pela Resolução nº 003/95/CEPE.

Florianópolis(SC), 28 de novembro de 1997.

Professor Orientador - Eduardo de Mello e Souza

Membro da Banca - Ana Cristina Blasi

Membro da Banca - Sidney Eloy Dalabrida

"Numa sociedade como essa
- uma sociedade de massa
- há que existir
igualmente um processo
civil de massa"

Édis Milaré*

* MILARÉ, Édis. A Ação Civil Pública na Nova Ordem Constitucional; 1ªEd.; São Paulo: Saraiva; 1990; p.03

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer à todas as pessoas que contribuíram com a realização deste trabalho acadêmico, especialmente:

Aos meus pais, por me proporcionarem uma educação digna.

Às minhas irmãs Patrícia e Ana, pelo carinho da convivência.

À minha noiva Micheli, por estar sempre ao meu lado, compartilhando alegrias e tristezas.

Ao meu orientador prof. Eduardo Melo e Sousa, sempre prestativo, atencioso e, acima de tudo, amigo dos acadêmicos. Agradeço pela confiança depositada.

Ao doutor Sidney Eloy Dalabrida, estudioso e dedicado Promotor de Justiça, pelo auxílio material prestado na construção do trabalho.

ABREVIATURAS

CDC - Código de Defesa do Consumidor.

CF/46 - Constituição Federal de 1946

CF/67 - Constituição Federal de 1967

CF/88 - Constituição Federal de 1988

CPC - Código de Processo Civil

LACP - Lei de Ação Civil Pública

LIA - Lei de Improbidade Administrativa

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	07
CAPÍTULO I	
1. Um novo conceito: Interesse coletivo <i>lato sensu</i> . Breves Considerações.....	09
2. Patrimônio Público. Breves Considerações.....	16
3. Improbidade Administrativa.....	22
CAPÍTULO II	
1. Evolução legislativa da Ação Civil Pública	28
2. Proteção do Patrimônio Público.....	33
2.1. Controle dos Atos Administrativos	33
2.2. Atos Lesivos	36
2.3. Legitimação <i>ad causam</i>	39
2.3.1. Ativa.....	39
2.3.2. Ministério Público.....	40
2.3.3. Outros Legitimados.....	48
2.3.4. Passiva	49
CAPÍTULO III	
1. Ação Popular. Breves digressões. Sobreposição de Ações	50
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	58
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	59

INTRODUÇÃO

Diante da corrupção política aparente dia-a-dia, a ação civil pública consolidou-se, aos poucos, como um dos mais importantes instrumentos processuais existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

A partir desta premissa, a presente monografia desenvolveu-se, procurando trazer elementos que demonstrassem o cabimento daquela *actio* coletiva para tutela do patrimônio público.

Com a evolução legislativa, a ação civil pública, dentre outras facetas, adquiriu contornos de uma forma de controle dos atos administrativos, visando reprimir e combater, dentre outros, os atos lesivos ao erário público.

O corpo do trabalho divide-se em três capítulos.

O primeiro capítulo é subdividido em três itens, os quais trazem alguns pontos que são de conhecimento

imprescindível para a análise da ação civil pública na modalidade tratada.

Desta forma, desenvolve-se o capítulo inicial em: - "Um novo conceito: interesse coletivo *lato sensu*. Breves considerações"; - "Patrimônio público. Breves considerações"; e - "Improbidade administrativa".

Já o segundo capítulo trata, em dois itens ("Evolução legislativa da ação civil pública" e "Proteção do patrimônio público"), o cabimento da ação civil pública na hipótese tratada neste estudo acadêmico.

O último item deste capítulo divide-se da seguinte forma: - "Controle dos atos administrativos"; - "Atos lesivos ao patrimônio público"; - "Legitimidade *ad causam*: ativa, do ministério público, outros legitimados e passiva".

O derradeiro capítulo traz uma breve noção sobre a ação popular e sobre as implicações resultantes do ajuizamento simultâneo desta com a ação civil pública.

O objeto do trabalho apresenta-se exatamente como a ação civil pública enquanto instrumento de tutela

do patrimônio público.

Enfim, o trabalho está voltado à demonstração jurídica do cabimento da ação civil pública na tutela dos interesses que envolvem o erário público, sendo que, longe da pretensiosa vontade de esgotar o tema, a presente monografia acadêmica apenas reúne argumentos e fundamentos legais, doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema, procurando desenvolvê-lo de forma fácil e simples, utilizando-se do método indutivo.

DESENVOLVIMENTO

CAPÍTULO I

1. UM NOVO CONCEITO: INTERESSE COLETIVO *LATO SENSU*. BREVES CONSIDERAÇÕES.

Desde que o homem se organizou em sociedade, passaram a existir certos interesses que não pertenciam aos indivíduos particularizados, mas, de modo geral, à toda sociedade.

No sistema jurídico romano existiam *actiones populares*, razão pela qual pode-se reputar o pioneirismo no reconhecimento da existência de interesses meta-individuais aos romanos.¹

Apesar de revestirem-se de natureza privada, as ações populares romanas protegiam direito relativo a interesse do povo, muito embora fossem ajuizadas por

¹ ver FERRAZ, Antônio A. M. de Camargo; MILARÉ, Édís; JÚNIOR, Nelson Néry. in A Ação Civil Pública e a Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 50/53

particulares.

O indivíduo, enquanto integrante da sociedade, atuava na ação popular como defensor do interesse social.

Num período histórico distinto, posterior à contribuição deixada pelos romanos, surgiu no direito escandinavo o *ombudsman*.

Seu nascimento remonta ao sec. XVI, criado, originalmente, para exercer controle sobre o cumprimento e observância das leis.

Mais tarde, em 1809, desenvolveu-se na Suécia o *justitieombudsman*, órgão este que adquiriu as feições características do atual *ombudsman*.

Já nessa nova fase, caracterizava-se por ser órgão calcado no princípio da informalidade, criado para administrar a justiça.

Aos poucos, em virtude do sucesso revelado pela experiência, o *ombudsman* espalhou-se pelo mundo, divulgando, cada vez mais, novos interesses a serem curados pelas instituições, quer jurídicas, quer sociais.

Hoje, em vários países do mundo, o *ombudsman* trata de interesses do consumidor, estudantil, empresarial, relativos à liberdade econômica, à imprensa, à saúde pública, dentre vários outros caracteristicamente coletivos.

Em decorrência deste alargamento de atribuição, o *ombudsman* auxiliou na afirmação do reconhecimento, no plano mundial, pela sociedade e pelos legisladores, dos interesses difusos e coletivos.

No direito brasileiro, o reconhecimento legal dos interesses coletivos e difusos se deu, primeiramente, de forma tímida, com a Lei nº 4.717, de 29.6.65 (Lei da Ação Popular). Posteriormente, bem mais enfaticamente, com a vigência da Lei nº 7.347, de 24.7.85 (Lei da Ação Civil Pública).

Aliás, este último diploma legal, pode-se afirmar, constitui-se no marco de uma nova era do direito processual brasileiro.

Com o desenvolvimento da sociedade contemporânea, principalmente na última década, surgiram novas preocupações dissociadas das pré-existentes.

As grandes concentrações urbanas, os parques industriais, a produção e o consumo em massa, a corrupção política aparente dia-a-dia nos noticiários, enfim, toda nova gama de interesses foi, e continua sendo, objeto de preocupação de vários segmentos da sociedade, refletindo, de modo a coibir as violações a esses interesses, no ordenamento jurídico vigente.

Neste aspecto, vale citar a lição trazida por Antônio Augusto Mello de Camargo FERRAZ, Edis MILARÉ e Nelson NERY JÚNIOR, segundo os quais:

"O surgimento dos grandes conglomerados urbanos, das metrópoles, a explosão demográfica, a revolução industrial, o desmesurado desenvolvimento das relações econômicas, com a produção e consumo de massa, o nascimento dos cartéis, *holdings*, multinacionais e das atividades monopolísticas, a hipertrofia da intervenção do Estado na esfera social e econômica, o aparecimento dos meios de comunicação de massa e, com eles, do fenômeno da propaganda maciça, entre outras coisas, por terem escapado do controle do homem, muitas vezes voltaram-se contra ele próprio, repercutindo de forma negativa sobre a qualidade da vida e atingindo inevitavelmente os interesses difusos.

"Todos esses fenômenos, que se precipitaram num espaço de tempo relativamente pequeno, trouxeram a lume a própria realidade dos interesses coletivos, até então existentes de forma

'latente', despercebidos."²

Com a entrada em vigor da Lei nº 7.347/85, tornou-se imprescindível a definição de interesses difusos e coletivos.

Por difuso, tem-se aquele interesse relativo a um grupo indeterminado de pessoas, entre as quais haja um vínculo jurídico. Os exemplos mais utilizados, sem dúvida, são os relativos ao meio ambiente.

Cuidando em conceituar interesse difuso, Pericles PRADE afirmou:

"são os titularizados por uma cadeia abstrata de pessoas, ligadas por vínculos fáticos exsurgidos de alguma circunstancial identidade de situação, passíveis de lesões disseminadas entre todos os titulares, de forma pouco circunscrita e num quadro de abrangente conflituosidade".³

Já, por sua vez, o Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.038, de 11.9.90, em seu art. 81, § único, I, definiu:

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

² ver *op. cit.* p.54/55, nota nº 1

³ PRADE, Péricles. in Conceito de Interesses Difusos, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p.57-58.

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.

Transindividual é o interesse relativo a um número indeterminado de pessoas.

A qualificação: 'natureza indivisível', significa ser o interesse impassível de repartição, enfim, de individualização.

Por último, deve haver um liame fático ou jurídico entre todos os indivíduos indeterminados, consistente na vontade comum de corrigir a violação.

Os interesses coletivos, por sua vez, envolvem uma categoria determinada, ou determinável, de pessoas ligadas por circunstâncias fáticas ou jurídicas.

Para Ada Pelegrini GRINOVER:

"Já por interesses coletivos entendem-se os interesses comuns a uma coletividade de pessoas e apenas a elas, mas ainda repousando sobre um vínculo jurídico definido que as congrega. A sociedade comercial, o condomínio, a família dão margem ao surgimento de interesses comuns, nascidos em função da relação-base que congrega seus componentes, mas não se confundindo com os

interesses individuais. Num plano mais complexo, onde o conjunto de interessados não é mais facilmente determinável, embora ainda exista a relação-base, surge o interesse coletivo do sindicato, a congregar todos os empregados de uma categoria profissional".⁴

Na mesma esteira caminha o conceito legal, trazido pelo art. 81, § único, II, segundo o qual:

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:

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.

Um exemplo a ser trazido, à título de ilustração, é o direito dos alunos de determinada escola de ter assegurada a mesma qualidade de ensino em determinado curso.⁵

De se frisar, ainda em tempo, que por expressa disposição legislativa (CDC art.90 e LACP art.21) as

⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; "A problemática dos interesses difusos" in GRINOVER, Ada Pellegrini. A Tutela dos Interesses Difusos; São Paulo: Max Limonad, 1984, p.36/37

⁵ ver JÚNIOR, Nelson Nery e NERY, Rosa Maria Andrade. Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor. 3ª ed. ver. e ampl., 1997, p.1394

definições legais de direitos difusos e coletivos (CDC art. 81, § único, I e II) são aplicáveis à todas as situações em que é reclamado o exame desses conceitos e não somente às lides de consumo.

Diante do exposto, não se pode abstrair a importância atual e o avanço legislativo que representa a institucionalização do conceito de interesse difuso (juntamente com coletivo).

Tal reconhecimento possibilita uma nova visão do direito processual, tendente à tutela de interesses massificados, instrumentalizados em ações coletivas, dentre as quais a ação civil pública, objeto do presente estudo.

2. PATRIMÔNIO PÚBLICO. BREVES CONSIDERAÇÕES.

Enquanto a expressão erário público refere-se a aspectos econômico-financeiros, o patrimônio público envolve, não só o erário, mas também o patrimônio estético, histórico, turístico e paisagístico.⁶

⁶ ver FILHO, Marino Pazzaglini; ROSA, Márcio Fernando Elias; e JÚNIOR, Waldo Fazzio. Improbidade Administrativa - Aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público., 2ª ed. ver. e atual., São Paulo: Atlas, p.70, 1997.

Deixando um pouco à margem outras espécies, o presente trabalho abordará o patrimônio público enquanto erário, sinônimo de tesouro público, compreendendo somente os recursos econômico-financeiros.

O conceito legal de patrimônio público deve ser haurido da conjugação do art. 1º, §1º, da Lei nº 4.717, de 29.6.65 com o art. 1º, § único, da Lei 8.429, de 2.6.92.

Deflui-se, portanto, a partir do texto legal mencionado, que a expressão patrimônio público envolve um complexo de bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico e turístico da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, Territórios, de autarquias, de empresas públicas, de sociedades de economia mista, de fundações instituídas pelo Poder Público, de empresas incorporadas, de empresas com participação do erário e de entidades subvencionadas pelos cofres públicos.

Como já afirmado, neste estudo o patrimônio público será abordado, tão somente, sob o aspecto econômico-financeiro, englobando aquilo que se chama 'verba pública'.

Tendo isso em mente, se faz necessário observar a classificação de verbas públicas (tratadas como receita pública), trazidas por Celso Ribeiro BASTOS⁷.

Segundo o respeitado tributarista, pode-se reparti-las, segundo sua origem, em: patrimoniais, tributárias e creditícias.

Receitas patrimoniais são aquelas que decorrem da exploração do patrimônio estatal, tal como terras, casas, empresas, passíveis de locação, alienação ou produção de bens.

Tributárias são as mais importantes, pois, no dizer de Sousa FRANCO:

"São receitas que o Estado obtém mediante o recurso ao seu poder de autoridade, impondo aos particulares um sacrifício patrimonial que não tem por finalidade puni-los nem resulta de qualquer contrato com eles estabelecido, mas tem como fundamento assegurar a co-participação dos cidadãos na cobertura dos encargos públicos ou prosseguir outros fins públicos".⁸

Por último, as receitas creditícias resultam da entrada do Estado no mercado financeiro. É exemplo desta

⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário. São Paulo: Saraiva, 1995, p.38.

⁸ FRANCO, Sousa, *apud* BASTOS, Celso Ribeiro. *op. cit.* p.45, nota n° 7.

forma de obtenção de verbas, o empréstimo pelo particular ao Estado.

Vale destacar, com relação à atuação do poder público na administração das verbas públicas, que o agente assume um papel de mero gestor.

O patrimônio público não integra um ativo que a União, os Estados ou o Município possam dispor livremente. Várias normas regulamentam a atuação do agente político, o qual não possui livre poder para administrar.

Está ele atrelado, principalmente, a uma série de princípios que devem ser obedecidos, dentre os quais, destacamos com maior ênfase, os princípios da supremacia do interesse público, da legalidade, da moralidade, da publicidade, da impessoalidade e da razoabilidade.

Por supremacia do interesse público deve-se entender a preponderância que deve existir em favor do Estado numa relação jurídica mantida com outro ente. Daí decorre a existência de privilégios que assegurem essa supremacia, como por exemplo, na via judicial, a contagem do prazo em dobro para recorrer das decisões e em quádruplo para contestar ações (art.188 e 191 do CPC).

O princípio da legalidade impõe o dever, ao administrador público, de pautar sua atividade funcional na lei, sem dela poder despojar-se ou desviar-se.

Por sua vez, o princípio da moralidade administrativa será objeto de estudo mais vagaroso no próximo item denominado "Improbidade Administrativa".

Por publicidade, segundo Helly Lopes MEIRELLES⁹, deve-se entender a divulgação oficial do ato, tanto para conhecimento público, quanto para geração de seus efeitos externos.

Justamente daí decorre a idéia de que a administração do patrimônio público deve ser transparente, ou seja, passível de conhecimento e controle pelos interessados diretos ou pelo povo em geral.

O princípio da impessoalidade diz respeito a impossibilidade de, na administração da res pública, haver quaisquer benefícios por parte desta ou daquela pessoa física ou jurídica. O fim visado é sempre o interesse público e a conduta para se atingi-lo deve sempre estar

⁹ ver MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo, 27^a ed. atual., São Paulo: Malheiros, 1996, p.86

vinculada à lei.

Por último, o princípio da razoabilidade impõe ao agente público moderação na condução do erário, até mesmo em função da gama de interesses que cercam as verbas públicas, notadamente transindividuais.

Diante disso, o administrador público não pode, absolutamente, gerir a máquina, como o faria com um ente privado.

Neste ponto, vale trazer à tona o ensinamento de Adilson Abreu DALLARI:

"Os poderes conferidos aos agentes públicos não são meras faculdades, que podem ou não ser utilizadas, ao seu talante. Todas as prerrogativas de autoridade somente se justificam como meio ou instrumento para a satisfação do interesse público. Diante do dever de atuar em defesa do interesse público surge o dever de exercitar os poderes criados em função desse propósito cogente." ¹⁰

Justamente este deve ser o direcionamento dos agentes públicos na gestão da máquina administrativa.

3. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

¹⁰ DEPARTAMENTO CULTURAL (Associação Mineira do Ministério Público). Belo Horizonte: AMMP, 1996, p.69

Anteriormente à CF/88 nenhuma Carta Magna havia se preocupado tanto com a improbidade administrativa.

A CF/46 estatuiu no art. 141, §31, *in fine*, que "a lei disporá sobre o seqüestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica".

Por sua vez, a CF/67, no art. 153, §11, parte final, previa que "a lei disporá sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de função pública".¹¹

Atualmente, verifica-se do art. 37, §4º, da Carta Magna 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."

Nota-se, então, que pela primeira vez o texto constitucional trouxe a expressão "improbidade administrativa". Percebe-se, ainda, que o mesmo

dispositivo não definiu-a, deixando à lei infraconstitucional a tarefa de regulamentação.

Somente em 02.6.92, a Lei nº 8.429 entrou em vigor, dispondo sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício do mandato, cargo, emprego ou função administrativa pública direta, indireta ou fundacional, trazendo outras providências.

O novo diploma legal limitou-se, porém, a descrever condutas apontadas pelo próprio texto legislativo como ímprobas (arts. 9, 10 e 11).

Desta forma, o legislador deixou a cargo da doutrina e da jurisprudência a busca por um conceito de improbidade administrativa, apontando, porém, elementos norteadores que deveriam ser usados, tais como: lesividade ou não ao erário; enriquecimento ilícito ou não do agente; violação ou não dos princípios administrativos.

Tendo isso em mente, Marino Pazzaglini FILHO, Márcio Fernando Elias ROSA e Waldo Fazzio JÚNIOR definiram:

¹¹ ver *op. cit.* p.37, nota nº 6.

"Numa primeira aproximação, improbidade administrativa é o designativo técnico para a chamada corrupção administrativa, que, sob diversas formas, promove o desvirtuamento da Administração Pública e afronta os princípios nucleares da ordem jurídica (Estado de Direito, Democrático e Republicano), revelando-se pela obtenção de vantagens patrimoniais indevidas às expensas do erário, pelo exercício nocivo das funções e empregos públicos, pelo "tráfico de influência" nas esferas da Administração Pública e pelo favorecimento de poucos em detrimento dos interesses da sociedade, mediante a concessão de obséquios e privilégios ilícitos".¹²

Os atos ímprobos podem ser lesivos ou não ao erário, consoante norma trazida pelo art. 21, I, da Lei nº 8.429/92, a qual trata que: "A aplicação das sanções previstas nesta Lei independe da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público;".

Os atos ímprobos lesivos, serão objeto de estudo mais adiante, no próximo capítulo, item 2, sub-item 2.2, conferindo-se enfoque mais específico.

Já os atos de improbidade não lesivos ao erário, podem ser divididos em dois tipos:

- os que causam enriquecimento ilícito ou qualquer vantagem patrimonial indevida;

¹² *op. cit* , p.38, nota nº 6.

- os que, tão somente, violam os princípios da Administração Pública.

O primeiro é o que se chama 'tráfico de função'. Ocorre quando o agente utiliza-se do cargo ou da função que exerce, ou ocupa, para receber, perceber, aceitar, utilizar, usar, adquirir ou incorporar vantagem indevida.

Marino Pazzaglini FILHO, Márcio Fernando Elias ROSA e Waldo Fazzio JÚNIOR explicam a significação dos núcleos elementares da conduta ímproba:

"Receber, perceber e aceitar têm o sentido de entrar na posse, dela passando a Ter a disponibilidade. Utilizar ou usar significa o emprego ou utilização, aqui, no próprio benefício do agente público. Adquirir, no inciso VII, traduz alienação onerosa. Aceitar é anuir com a proposta. Incorporar a seu patrimônio é fazer seu, tomar para si, supondo a prévia posse, guarda ou detenção lícitas, decorrentes da condição funcional.

"Nas modalidades de receber, perceber e aceitar, há ilicitude bilateral. O agente público recebe ou aceita de. O terceiro que concorre para o enriquecimento ilícito do agente público entregando-lhe, pagando-lhe ou oferecendo-lhe sujeita-se às sanções pertinentes, *ex-vi* da equiparação especial gravada no art. 3º".¹³

Um exemplo de tal conduta, apenas para ilustrar,

¹³op. cit., p.58, nota nº 6.

é a utilização de máquinas, veículos ou equipamentos públicos ou destinados ao Poder Público, em obra ou serviço particular.

O segundo tipo de conduta classificada, refere-se, tão somente, ao ferimento dos princípios relativos à Administração Pública.

Como já afirmado anteriormente, capítulo I, nº 2, a atividade do Poder Público é regida por princípios norteadores inafastáveis.

Assim, a violação a qualquer dos princípios administrativos deve ser considerada conduta ímproba sujeita às sanções administrativas, civis e penais.

Todavia, a Lei de Improbidade Administrativa trouxe um alargamento dos princípios que não podem ser violados, apontando preceitos referentes, mais propriamente, à pessoa do administrador, do que à autoridade administrativa. Referem-se, muito mais, a questões éticas do que jurídicas. São elas a honestidade, imparcialidade e lealdade às instituições.

Diante do exposto, mesmo que não ocorra enriquecimento ilícito, tampouco lesão ao erário público, a violação aos princípios de direito administrativo podem caracterizar conduta ímproba, que alimenta descrédito popular à classe regente.

Neste sentido, dispõe expressamente o art. 11, *caput*, da Lei de Improbidade Administrativa:

"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 ..."

Pode-se exemplificar este tipo de conduta ímproba com o desvio abusivo de poder do agente público que orienta a entidade que administra para finalidade estranha a seu objeto estatutário.

CAPÍTULO II

1. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

A ação civil pública surgiu no ordenamento jurídico pátrio com a entrada em vigor da Lei nº 7.347, em 24.7.85.

Originalmente, destinava-se à tutela dos interesses ligados ao meio ambiente, ao consumidor e a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (art. 1º, I, II e III).

Surgiu para acompanhar os novos interesses aflorados do convívio social na década de 80.

Desde então, questionava-se sobre a natureza do rol elencado no art. 1º, da LACP, se taxativo ou exemplificativo.

Atualmente não persiste qualquer dúvida,

firmando-se a tendência que se posiciona pelo caráter exemplificativo, consoante entendimento de Marcelo Pedroso GOULART, segundo o qual:

"o atual sistema constitucional rompe com o princípio da taxatividade da ação civil pública como instrumento de defesa dos interesses sociais, coletivos e difusos; agora a enumeração legal das hipóteses é meramente exemplificativa. É possível a propositura de quantas ações civis públicas forem necessárias à defesa do interesse social, independentemente de previsão expressa em lei. Pensar o contrário é limitar o espaço de atuação do MP na sociedade democrática, limitação essa incompatível com a dimensão de suas novas funções."¹⁴

Em 05.10.88, foi promulgada a Constituição Federal, a qual trouxe inovações relativamente à ação civil pública.

O art. 129, III, da Carta Magna passou a assegurar ao Ministério Público, sem embargo do que já havia sido previsto na LACP, a proteção ao patrimônio público social e a outros interesses difusos e coletivos.

Todavia, tal ampliação das hipóteses de cabimento de ação civil pública não se estendeu aos outros

¹⁴ GOULART, Marcelo Pedroso. Ministério Público e Direito Alternativo; 1ªEd.; São Paulo; Editora Acadêmica; 1992; p.35; nota12

co-legitimados do art. 1º, da LACP.

Com isto, desenhou-se um quadro legislativo em que o Ministério Público possuía legitimidade ampliada em relação as outras pessoas jurídicas e entidades arroladas no art. 1º da LACP.

Essa situação perdurou até 11.9.90, quando, então, entrou em vigor o Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.038, que, dentre outras disposições, inseriu o inc.IV ao art. 1º da LACP, possibilitando a tutela de qualquer interesse difuso ou coletivo, por via da ação civil pública.

Com isso, os co-legitimados alcançaram isonomia relativa ao Ministério Público, no que respeita à legitimação ativa.

Na verdade, o CDC reinseriu o inc. IV da LACP, que à época do processo legislativo, acabou sendo vetado pelo então Presidente da República.

A partir de então, a ação civil pública consolidou-se, no cenário jurídico nacional, como um dos mais importantes institutos instrumentais à tutela

coletiva.

Não bastasse o alargamento trazido pelo CDC, vários outros textos legislativos trataram da ação civil pública na defesa de interesses diversos.

Assim é que a Lei nº 7.853, de 24.10.89, ampliou a admissibilidade da ação coletiva, alcançando os interesses relacionados às pessoas portadoras de deficiência física.

A Lei nº 7.913, de 07.12.89, estendeu à ação civil pública a natureza ressarcitória em caso de danos causados aos investidores no mercado de valores imobiliários.

Por sua vez, a Lei nº 8.069, de 13.7.90, Estatuto da Criança e do Adolescente, tratou de modalidade da *actio* coletiva, ora tratada, na defesa dos interesses relativos às crianças e adolescentes.

Em 02.6.92, entrou em vigor a chamada Lei de Improbidade Administrativa, nº 8.429, regulamentando a possibilidade do manejo da ação civil pública para defesa do patrimônio público e combate às condutas ímprobas.

A Lei nº 8.625, de 12.02.93, que instituiu a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, reafirmou a incumbência do *parquet* promover inquérito civil e ação civil pública para proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos, bem como para 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. (art. 25, IV, a e b)

Por fim, em 11.6.94, a Lei nº 8.884 entrou em vigor, trazendo a possibilidade do manejo do mesmo instrumento processual para combate aos danos patrimoniais ou morais causados por infração à ordem econômica.

Com se pode notar, desde seu surgimento, cada vez mais, a ação civil pública ganhou espaço de atuação e importância no cenário jurídico-processual, concluindo-se que, passados mais de dez anos desde o primeiro texto

legislativo que a previu, este instrumento coletivo se afigura sólido no ordenamento brasileiro, não havendo porque tentar restringi-lo ou cerceá-lo.

2. PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO.

2.1- Controle dos Atos Administrativos.

Há várias formas de controle dos atos administrativos, divididas, basicamente, em três categorias distintas: controle legislativo, administrativo propriamente dito e judiciário.

Este último, que interessa ao presente texto, se dá por vários instrumentos processuais, tais como Mandado de Segurança individual e coletivo, Ação Popular, Ação Direta de Inconstitucionalidade, enfim, Ação Civil Pública.

Originariamente, a ação civil pública destinava-se à tutela dos interesses especificados no art. 1º, I, II e III, da Lei nº 7.347/85, ou seja, os relativos ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Do projeto que originou a Lei da Ação Civil

Pública constava ainda, no art. 1º, inciso que ampliava o leque de admissibilidade deste instrumento processual, ao dispor que também era cabível aquela ação coletiva na defesa de "qualquer outro interesse difuso ou coletivo".

Não obstante se revelasse de extrema importância e de fundamental avanço legislativo, o então Presidente da República vetou tal disposição, demonstrando, pode-se dizer assim, certa preocupação em restringir o campo de admissão da ação civil pública, talvez temeroso por expor a Administração Pública a um controle judicial tão firme e eficaz.

Posteriormente, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, saltou aos olhos, à toda evidência, a ampliação do espectro da ação civil pública, principalmente a promovida pelo Ministério Público, partindo-se da leitura do art. 129, inc. III.

Sobre essa questão, vale citar decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, cuja ementa apresenta-se vazada nos seguintes termos:

"PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA. INTELIGÊNCIA DO ART. 129,

III, DA CF/88, C/C ART. 1º DA LEI Nº 7347/85. PRECEDENTE. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

"I- O campo de atuação do MP foi ampliado pela Constituição de 1988, cabendo ao *parquet* a promoção do inquérito civil e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, sem a limitação imposta no art. 1º da Lei 7347/85 (Resp. nº 31.547-9-SP).

"II- Recurso especial não conhecido."¹⁵

Tal dispositivo constitucional (art.129, III), revela sua importância a partir do momento em que tornou clara a intenção do constituinte em incluir a Ação Civil Pública dentre os meios de controle judicial dos atos administrativos, dispondo expressamente sobre a possibilidade do manejo daquela *actio* para tutela do patrimônio público.

Neste sentido, Nelson Néry JÚNIOR e Rosa Maria Andrade NERY, prelecionam:

"Todo aquele que exerce cargo, emprego, função ou mandato, seja por eleição, nomeação, contratação, designação ou por qualquer outra forma de investidura, ainda que sem remuneração, em qualquer entidade ou pessoa jurídica da administração direta, indireta ou fundacional, bem como nas entidades mencionadas na LIA (Lei de Improbidade Administrativa) 1º *caput* e § 1º está

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 67.148 de São Paulo, relator Ministro Adhemar Maciel, in Diário da Justiça da União, em 04/12/995, p.42.148

sujeito à ACP para reparação do dano, seqüestro ou perdimento de bens havidos por enriquecimento ilícito. A legitimação ativa para o ajuizamento da ACP em face do agente político ou agente público, servidor ou não, é conferida ao MP (CF 129, III; LIA 16 e 18)."¹⁶

Partindo deste raciocínio, conclui-se que um ato administrativo praticado por um agente público está sujeito ao controle judicial por via do inquérito civil, que não menos importância revela, e da Ação Civil Pública.

2.2- Atos Lesivos.

No capítulo I, item 3, desta monografia, os atos ímprobos foram classificados como lesivos e não lesivos ao erário público.

Naquela oportunidade, foram tratados os atos não lesivos, razão que leva à abordagem, nesta ocasião, das condutas lesivas ao patrimônio público.

Dentre elas, podemos encontrar: - as que importam em enriquecimento ilícito; - as que, unicamente, desfalcam o erário.

A Lei de Improbidade Administrativa estabelece como ato ímprobo a ação ou omissão, dolosa ou culposa, que

¹⁶ *op. cit.* p. 1130, nota nº5.

enseje perda patrimonial, desvio, apropriação ou dilapidação dos bens ou haveres públicos. (art. 10)

Além disso, o mesmo dispositivo legal trata de arrolar condutas tidas como ímprobas, tal como, p. ex., facilitar ou concorrer para incorporação ao patrimônio do particular, de bens ou rendas públicas. (art. 10, I)

Na mesma esteira, ainda, configura improbidade administrativa, doar à pessoa física ou jurídica bens, rendas, verbas ou valores públicos sem observância de formalidades legais e regulamentares. (art. 10, III)

A *mens legis* é reprimir a conduta ilegal, dolosa ou culposa.

O agente público que pautar sua conduta na legalidade, mesmo que cause prejuízo ao erário, não incorre nas sanções aplicáveis pela Lei de Improbidade Administrativa.

Para ilustrar, vale citar o exemplo do condutor de veículo oficial que, no exercício de suas funções, envolve-se em acidente automobilístico. Não estará sujeito à LIA.

Aspecto interessante trazido pela LIA, é a punição, proporcional, ao agente que praticar a conduta ímproba, ou concorrer para ela, culposamente.

A intenção do legislador foi obrigar o administrador à condução funcional diligente, não admitindo-se imprudência ou negligência, em razão da relevância da posição que ocupa.

Segundo Marino Pazzaglini FILHO, Márcio Fernando Elias ROSA e Waldo Fazzio JÚNIOR:

"Agente público imprudente é o que age sem calcular as conseqüências, previsíveis para o erário, do ato que pratica. Negligente é o que se omite no dever de acautelar o patrimônio público. Tanto um como outro descumprem dever elementar imposto a todo e qualquer agente público, qual seja, o de zelar pela integridade patrimonial do ente ao qual presta serviços, à medida que trata-se de patrimônio que, não sendo seu, a todos interessa e pertence.

"De modo que o 'deixa passar' esta ou aquela irregularidade, o 'não examinar' determinado documento, ou 'não cuidar' de uma ou outra providência jamais poderiam justificar a falta de diligência, a imprevisão do previsível, enfim, o desdouro no trato da coisa pública."¹⁷

Duas questões, ainda, merecem destaque.

¹⁷ *op. cit.* p.73, nota nº6.

A primeira diz respeito, à possibilidade da decretação judicial, em sede cautelar incidental ou preparatória, do seqüestro dos bens do agente ou de terceiro, que tenham enriquecido ilicitamente ou causado danos ao erário.

Os bens seqüestrados, por ocasião da sentença definitiva, na ação principal, poderão ser revertidos à pessoa jurídica prejudicada.

A segunda questão que merece ser citada, refere-se à possibilidade do oferecimento de representação, por qualquer pessoa do povo, perante a autoridade administrativa, que deverá instaurar procedimento investigatório. (art. 14, da LIA).

2.3. Legitimação *ad causam*

2.3.1- Ativa.

No direito processual civil costuma-se subdividir a legitimidade ativa *ad causam* em dois tipos: ordinária e extraordinária.

Na primeira, o lesado defende em juízo interesse próprio.

Por sua vez, na segunda, o demandante defende interesse alheio, em nome próprio. É o que, verdadeiramente, se chama de substituição processual.

Em tema de ação civil pública, há quem entenda ser a legitimação ordinária, enquanto outros defendem ser extraordinária.

Longe de adentrar propriamente nesta questão profunda, a qual, por sinal, poderia ser objeto exclusivo de monografia, deve-se ter presente que a legitimação ativa para a ação civil pública decorre da autorização legal.

Desta forma, estando o autor da demanda coletiva arrolado no art. 5º, da LACP, e o interesse em jogo numa das hipóteses previstas no art. 1º, da mesma lei, não se pode, de forma alguma, negar legitimidade ativa *ad causam*.

2.3.2. Ministério Público.

O *parquet* goza do privilégio de ter sua legitimidade *ad causam*, relativa à ação civil pública, assegurada no patamar constitucional, consoante dispõe o art. 129, III, da CF/88.

Aliás, não se pode relegar ao segundo plano a norma constitucional contida no art.129, inc. III, da Carta Magna, segundo a qual compete ao Ministério Público: "promover o inquérito civil público e a ação civil pública, para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos" (grifo nosso)

Ora, se o próprio texto constitucional erigiu o patrimônio público à categoria de interesse difuso e coletivo, como se pode querer contrariá-lo?

Nesta esteira, Pedro Roberto DECOMAIN, Promotor de Justiça do Estado de Santa Catarina, afirma:

"Interessante salientar que, segundo a dicção do aventado dispositivo constitucional [art. 129, III], o patrimônio público e social seria interesse difuso. Com certeza o patrimônio público e social acha-se personalizado em determinada pessoa jurídica de direito público. Mesmo assim, contudo, abstraindo-se da personalidade jurídica da União, dos Estados, Distrito Federal, Municípios e entidades de suas administrações indiretas e fundacionais, chega-se à conclusão de que a preservação de seus patrimônios realmente constitui interesse difuso, na medida em que não se trata de interesse deste ou daquele particular, mas sim de toda coletividade. Mesmo que a alínea "b" do inciso IV deste artigo nada dissesse a respeito da preservação do patrimônio e da moralidade pública por intermédio da ação civil pública, tal

proteção teria por fulcro a própria Constituição Federal e ainda o artigo 1º, inciso IV, da lei nº7.347/85, com a redação que lhe foi dada pelo Código de Proteção ao Consumidor.¹⁸

O festejado constitucionalista Manoel Gonçalves Ferreira FILHO, ao comentar o art. 129, III, da Carta de 1988, vem na mesma linha e sentencia:

"o texto constitucional alargou o alcance desses instrumentos. Por um lado, estendeu-se a proteção do patrimônio público em geral, dando, pois, à ação civil pública âmbito análogo ao da ação popular (v. art. 5º, LXXII). Por outro lado, meramente exemplificativa uma enumeração que era taxativa. Note-se que a regra constitucional se refere a outros interesses difusos ou coletivos."¹⁹

No mesmo sentido, inclinam-se Marino Pazzaglini FILHO, Márcio Fernando Elias ROSA e Waldo Fazzio JÚNIOR, segundo os quais:

"Ao co-legitimar o Ministério Público para a persecução civil dos atos que maculam o patrimônio público, o legislador constituinte quis reforçar as possibilidades de controle jurisdicional sobre a legalidade e a moralidade dos atos administrativos, minimizando 'os obstáculos técnicos e econômicos que inibem a participação popular na formação do processo', suprir a inacessibilidade ao Poder Judiciário e

¹⁸ DECOMAIN, Pedro Roberto. Comentários à Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, 1ªEd., Obra Jurídica, Florianópolis/SC, 1996, p.152

¹⁹ FILHO F., Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição Brasileira de 1988. São Paulo: Saraiva, 1994, v.3, p.48

impedir que se reduza 'a ordem jurídica afirmada a uma ordem não efetivamente garantida"²⁰

Além disso, a nível infra-constitucional, há disposição legal (art. 17 da LIA) prevendo a possibilidade de ação civil pública na defesa do patrimônio público e em combate aos atos lesivos.

Quanto a isso, por sinal, não deveria haver dúvida, muito embora encontre-se decisões jurisprudenciais que resistem até mesmo à regra constitucional, conforme se infere do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, cuja ementa é trazida à colação, apenas para ilustrar:

"Ação Civil Pública - Ato ilícito de agente político - Desvio de dinheiro - Interesses difusos pertinentes ao patrimônio público - Incabimento - Inaplicabilidade da Lei 7.347/85 - Cabimento de Ação Popular.

"A Lei nº 7.347/85, mesmo com o acréscimo do inciso IV ao seu artigo 1º, não foi ampliada ilimitadamente a qualquer interesse difuso, mas somente àqueles mencionados no título da lei. Conferir alcance ilimitado de objeto à ação civil pública iria contra a finalidade do próprio instituto da ação especial, tornando-a medida inespecífica, ao alvitre e abuso dos seus titulares, que não se resumem ao Ministério Público, tudo com inegável prejuízo para as ações específicas já existentes. Soa temerário supor-se comando jurídico de alcance ilimitado, dado que,

²⁰ *op. cit.* p.188, nota nº 6.

como os extremos se tocam, essa pretensa força do ilimitado esboroar-se-ia no efeito contrário do indefinido, desqualificando-se e desacreditando-se. Embora seja interesse difuso pertinente ao patrimônio público o objeto da ação - apurar, segundo o devido processo legal, o fato e o cabimento da indenização por ato ilícito de agente político, caracterizado por desvio de dinheiro -, a matéria é própria de ação popular, refugindo ao objetivo específico da Lei nº 7.347/85, uma vez que a referida lei, mesmo depois do Código do Consumidor, não perdeu a força disciplinadora da ação civil pública, em termos de identidade, natureza e fim."²¹

Nota-se, do corpo da ementa, que o relator chega a admitir o caráter difuso incito ao patrimônio público. Mesmo assim, afirma seu posicionamento restritivo, contrariando, desta forma, o texto constitucional (art. 129, III).

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, ao que se tem visto, não adotou o mesmo posicionamento da Corte Mineira, acolhendo tendência ampliativa, afirmada inclusive no Superior Tribunal de Justiça, vazada nos termos da ementa que se cita, para exemplificar:

"Ação Civil Pública - Admissibilidade - Lei 8.429/92, art. 17 - Lesão ao patrimônio público configurada. Vantagem indevida a servidor

²¹ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 22.962/5 da comarca de Viçosa, Relator Desembargador Bernardino Godinho, in Diário da Justiça de Minas Gerais, em 18.03.95, p.01

público - Ministério Público - Constituição Federal/88 - Supressão da limitação da Lei 7.347/85, art.1º.

"Ação Civil Pública. Ministério Público. Legitimidade. Funcionário público. Vantagem indevida. Honorários advocatícios. A Constituição Federal de 1988, dispondo sobre as funções institucionais do Ministério Público, suprimiu a limitação imposta pelo art. 1º, da Lei nº 7.347/85 (STJ, 2ª Turma, R. Esp. Nº 31.547-9 - SP, Rel. Min. Américo Luz, DJU de 08.11.93, p.23.546). A concessão de benefício administrativo sem a observância de norma constitucional e das formalidades legais, lesivo ao patrimônio público é passível de reparação em ação promovida pelo Ministério Público (art. 17, da Lei nº 8.429/92). A lei que regula a Ação Civil Pública não isentou o réu dos ônus de sucumbência, quando vencido."²²

Essa tendência jurisprudencial, adotada pelo Tribunal Catarinense, merece prosperar, eis que respaldada na legislação e no texto constitucional.

Ademais, não se pode limitar o espaço de atuação conferido ao Ministério Público, ainda mais na ânsia vivida diariamente de se cobrar melhor atuação dos agentes exercentes de cargo ou função públicos.

Cumprе observar, ainda, que com isso não se busca possibilitar ao Ministério Público a atuação de

²² BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível nº 47.136 da comarca de São Francisco do Sul, Rel. Des. Vanderlei Romer, in Diário da Justiça de Santa Catarina, em 23.10.95, p.08

verdadeiros advogados da Fazenda Pública.

Na verdade, quer-se incumbir-lhe tarefa condizente com o comando legal, ou seja, defesa de interesse difuso envolto no patrimônio público.

"O papel do Ministério Público na defesa do patrimônio público também é hoje previsto pela própria Constituição (art. 129, III). A nosso ver, não se está a exigir que o Ministério Público atue como advogado da Fazenda: esta tem seus próprios procuradores; nem que o Ministério Público intervenha em toda ação em que se discuta questão patrimonial afeta à Fazenda Pública. A *mens legis* consiste em conferir iniciativa ao Ministério Público, seja para acionar, seja para intervir na defesa do patrimônio público, sempre que alguma razão especial exista para tanto, como quando o Estado não toma a iniciativa de responsabilizar o administrador anterior ou em exercício por danos por estes causados ao patrimônio público, ou quando razões de moralidade administrativa exigem seja nulificado algum ato ou contrato da Administração que esta insiste em preservar, ainda que em grave detrimento do interesse público primário."²³

Os bens e direitos de valor econômico titulados por uma pessoa jurídica de direito público não se destinam, unicamente, à manutenção desse ente público, mas sim, precipuamente, à realização dos fins sociais e

²³ MAZZILI, Hugo Nigro. A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo - meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos. 4ª ed. rev., ampl. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, pg. 96

políticos para os quais tal entidade foi erigida. Negar esta evidência ética e política seria o mesmo que liberar a Administração do compromisso com o bem comum, ao qual está inapelavelmente atrelada. É por isso que ressumbra o interesse que liga os administrados, na condição de integrantes do corpo social e político, a todos os bens que compõem o patrimônio do ente público a que estão integrados.

Ressalta à evidência, então, a característica difusa dos interesses ligados ao patrimônio público.

Neste sentido se estriba a doutrina de Marino Pazzaglini FILHO, Márcio Fernando Elias ROSA e Waldo Fazzio JÚNIOR:

"A defesa do patrimônio público, por ser transindividual, indivisível, de que são titulares pessoas indeterminadas e indetermináveis, ligadas entre si por circunstâncias de fato, constitui-se espécie de direito difuso"²⁴

Assim, não se pode negar a tutela ao patrimônio público sob o argumento de faltar-lhe caráter difuso. A legitimidade do *parquet* é evidente e qualquer cerceamento

²⁴ *op. cit.* p. 33, nota nº 6

deve ser classificado como afronta à preceito constitucional.

2.3.3- Outros legitimados.

Partindo do pressuposto de que o patrimônio público é revestido por interesses difusos, titularizados pelos cidadãos que de alguma forma contribuem, diretamente ou indiretamente, com a receita tributária, deflui-se que todas as outras pessoas jurídicas e entidades elencadas no art. 5º, da LACP, revestem-se de legitimidade ativa *ad causam* para o manejo da ação civil pública ressarcitória, enquanto instrumento de tutela ao erário.

O caráter difuso que envolve o patrimônio público também é evidente, ao perceber-se os interesses relativos a todos os cidadãos que, mesmo sem contribuir, esperam do poder público uma atuação priorizadora das questões de primeira necessidade, como, p. ex., saúde, segurança e educação públicas. Todavia vêm-se frustrados nas suas expectativas, em virtude da falta de recursos estatais, ao mesmo passo em que vislumbram atos lesivos ao erário.

Destarte, não só o Ministério Público possui

legitimatío, mas também os outros co-legitimados.

2.3.4- Passiva.

Genericamente, a parte passiva da ação civil pública, que tenha por objeto a reparação ao erário, será o causador de lesão ou aquele que tinha o dever de evitá-lo.

Genericamente, poderá ser ajuizada, contra o administrador público, o particular, ou ambos.

"A legitimação passiva estende-se a todos os responsáveis pelas situações ou fatos ensejadores da ação, seja pessoas físicas ou jurídicas, inclusive a Administração Pública, porque tanto esta como aquelas podem infringir normas de Direito material protetoras dos interesses vitais da comunidade, expondo-se ao controle judicial de suas condutas."²⁵

Cumpré, ainda, salientar que, enquanto o rol dos legitimados ativos é taxativo, não há qualquer restrição legal ou condição especial para integrar-se o pólo passivo da ação civil pública.

Não raro o Estado figura no pólo passível, sendo tal situação perfeitamente possível.

²⁵ *op. cit.*09, nota nº 1.

CAPÍTULO III

1. AÇÃO POPULAR: BREVES DIGRESSÕES. SOBREPOSIÇÕES DE AÇÕES.

Ao lado da ação civil pública, a ação popular consiste num dos mais importantes remédios jurídicos tendentes ao controle dos atos administrativos.

Deve-se ter em vista que, conforme a lição do preclaro Rodolfo de Camargo MANCUSO:

"Nada mais sensato, portanto, sob o ponto de vista prático e, sobretudo, como forma de preservação das liberdades públicas ou dos direitos subjetivos públicos, que, ao lado da ação popular, se reconheça também a ação civil pública como instrumento válido e apto à reparação de prejuízos causados ao erário e à nulificação de atos atentatórios à moralidade administrativa."²⁶

Por intermédio da ação popular, prevista no art.

²⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Uma análise comparativa entre os objetos e as legitimações ativas das ações vocacionadas à tutela dos interesses metaindividuais: mandado de segurança coletivo, Ação civil pública. Ações do Código de Defesa do Consumidor e ação popular, *Justitia*, n.160, 1992, p.199.

5º LXXIII. Regulamentada pela Lei nº 4.717 de 29.6.65, pode-se alcançar provimento jurisdicional que reprima, contenha, enfim, combata os atos lesivos ao patrimônio público, praticados ou não por agente público.

Essencialmente, uma característica básica difere a ação civil pública da ação popular, a saber, a titularidade da ação. Enquanto nesta possuem legitimidade ativa o Ministério Público e as entidades arroladas no art. 5º da LACP, naquela somente o cidadão foi investido do direito de ação.

Merece destaque o enfoque conferido à questão pela prof^a. Ada Pellegrini GRINOVER:

"A diferença entre a ação popular constitucional e a ação civil pública que visam a anular atos lesivos à moralidade administrativa reside exclusivamente na legitimação ativa: à primeira, é legitimado o cidadão; à Segunda, o Ministério Público.

"Pode-se assim afirmar, sem temor de erro, que a Lei Nacional do Ministério Público ampliou a legitimação à ação popular, atribuída pela Constituição ao cidadão, para estendê-la ao Ministério Público. Mas, na verdade, esta ação civil pública, criada pela LNMP, nada mais é do que uma espécie que pertence ao gênero ação popular."²⁷

²⁷GRINOVER, Ada Pellegrini. Uma nova modalidade de legitimação à ação popular. Possibilidade de conexão, continência e litispendência. in MILARÉ,

Diante disso, se verifica o grau de relevância da ação coletiva ora tratada, enquanto instrumento processual de tutela do patrimônio público e de controle dos atos da Administração Pública.

Ocorrendo dano ao patrimônio público (p.ex. na modalidade de desvio de verba pública) causado por autoridade administrativa, esta será responsabilizada, quer por via da ação civil pública, quer pelo ação popular.

Este tipo de interpretação, que prevê o cabimento, em tese, dos dois instrumentos coletivos, na tutela do erário, não é unânime.

Encontra-se na jurisprudência decisões que resistem à possibilidade teórica da concomitância de ações.

Tal posicionamento não tem sido acolhido pela maioria dos doutrinadores e operadores jurídicos.

Acerca do tema, vale citar a doutrina de Maria

Édis. Ação Civil Pública - Lei 7.347/85 - Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.23/27.

Sylvia Zanella DI PIETRO:

"Com relação ao uso da ação popular para a proteção do patrimônio público e para a defesa do meio ambiente, há uma superposição de medidas, já que a ação civil pública serve à mesma finalidade, consoante decorre do artigo 129, III, da Constituição, e da Lei nº7347, de 24-7-85. A diferença básica está na legitimidade ativa e passiva: na ação popular, sujeito ativo é o cidadão e passivo a entidade pública ou privada detentora do patrimônio público tal como definido no art. 1º da Lei nº4.717; na ação civil pública, sujeito ativo é o poder público (eventualmente associação particular) e, passivo, qualquer pessoa, física ou jurídica, pública ou privada, que cause lesão ao interesse difuso protegido. Poderá até ocorrer a hipótese de cabimento das duas ações, quando o ato lesivo for praticado por uma das pessoas definidas no art.1º da Lei nº4.717."²⁸

De se ver, ainda, que o cabimento de ambos os instrumentos processuais, de forma alguma, retirou a possibilidade do cidadão ajuizar ação popular.

Aliás, nesse sentido, Hugo Nigro MAZZILLI, afirma:

"Ainda que haja um campo de abrangência comum entre as Leis ns. 4.717/65 e 7.347/85, o que nesta difere é que, além de ser mais amplo o campo dos valores culturais nela defendidos, sejam ou não considerados patrimônio público, temos alargada a legitimação ativa para sua

²⁸ DI PIETRO, Maria Zanella. Direito Administrativo. 6ªEd., São Paulo: Atlas, 1996, p.527

defesa, que agora não é mais apenas do cidadão, mas sim de todos aqueles referidos no art. 5º da Lei n. 7.347/85 (Ministério Público, União, Estado, Município, autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista e associação com representividade adequada e destinada à defesa de tais interesses).

"Não se esqueça de que, com o advento da Lei da Ação Civil Pública, não se coarctou, evidentemente, a possibilidade de o cidadão continuar a poder defender, pela ação popular, os bens e valores econômicos, artísticos, estéticos e históricos, que constituem o patrimônio público, para os fins da Lei n. 4.717/65. Ademais, a Constituição de 1988 com felicidade também alargou o objeto da ação popular: "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" (art. 5º, LXXIII)."²⁹

Continua o mesmo autor, logo adiante:

"Como se vê, portanto, a defesa do patrimônio público cabe não só ao cidadão, pelo sistema da ação popular, como também é afeta ao Ministério Público (art. 129, III, da CF) e aos demais legitimados o art. 5º, da LACP, que podem promover a defesa judicial de qualquer interesse coletivo ou difuso - não excluída naturalmente a defesa do patrimônio público."³⁰

O próprio texto legal previu a possibilidade do

²⁹ *op. cit.*, p.95/96, nota n° 23

³⁰ *op. cit.*, p.96, nota n° 23

manejo de ambos os instrumentos coletivos, ao referir-se no art. 1º, *caput*, da Lei nº 7.347/85, 'sem prejuízo da ação popular'.

Cumprido notar, porém, que o ajuizamento concomitante da ação civil pública, por um dos legitimados, e da ação popular, pelo cidadão, embora possível juridicamente, pode acarretar em alguns problemas de ordem processual.

Pode ocorrer o que se chama conexão, continência ou litispendência.

Numa visão geral, conexão ocorre quando entre duas ou mais ações lites for comum o objeto ou a causa de pedir. Fala-se em continência, quando entre duas ou mais ações forem idênticas as partes e a causa de pedir, bem como o objeto de uma, por sua amplitude, abranger o da outra (arts. 103 e 104 do CPC).

Diante de tais fenômenos, conclui-se que, para se evitar conflito de decisões, o magistrado prevento deve ordenar a reunião dos processos. (art. 105 do CPC).

Assim como a conexão e a continência, pode

ocorrer, no caso concreto, a litispendência.

Esta se vê presente quando se repete ação que já está em curso, ou seja, entre duas ou mais ações identificam-se as partes, o pedido e a causa de pedir (art. 301, §2º e 3º, do CPC).

É causa de **extinção** do processo sem julgamento do mérito (art. 301, V, do CPC).

No dizer de Ada Pellegrini GRINOVER:

"Não se discute quanto à figura de legitimação extraordinária do Ministério Público, na ação civil pública e na ação popular criada pela LOMP, nem sobre a mesma caracterização da legitimação na ação popular constitucional. Lá o *parquet*, aqui o cidadão, são sempre e de qualquer modo substitutos processuais, sendo substituída a comunidade. Trata-se de legitimações extraordinárias, disjuntivas e concorrentes, podendo ser exercidas por qualquer dos legitimados, em nome próprio e no interesse da coletividade.

"Mas é evidente que, se forem exercidas em ações distintas - desde que iguais o objeto e a causa de pedir -, levarão à concorrência de litispendência"³¹

Sem embargo de tais percalços e empecilhos processuais, o importante é demonstrar a possibilidade do

³¹ *op. cit.* p.28, nota nº 27

ajuizamento de ambos os instrumentos processuais para a defesa do patrimônio público, de modo a possibilitar a tutela aos interesses difusos relacionados ao erário, bem como a sua própria higidez.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Longe da pretensiosa intenção de esgotar o tema, a presente monografia prestou-se, tão somente, a reunir aspectos relativos a modalidade de ação civil pública destinada à tutela do patrimônio público.

Para tanto foi preciso demonstrar o caráter difuso que envolve a higidez do patrimônio público, justificando, desta maneira, o cabimento da *actio* ora estudada nesta modalidade.

Além disso, buscou-se sustentar que qualquer interpretação restritiva acerca das hipóteses de cabimento da ação civil pública merece ser repelida, até mesmo porque, em alguns casos, esbarram no texto da Carta Magna.

Ao partir do reconhecimento da importância deste instrumento processual, que cada vez mais se desenvolve no cenário jurídico nacional, acompanhando a evolução política, econômica e social, foi possível notar que, desde seu surgimento, cada vez mais, a ação civil pública

ganhou espaço de atuação no plano jurídico-processual, concluindo-se que, passados mais de dez anos desde o primeiro texto legislativo que a previu, este instrumento coletivo se afigura sólido no ordenamento brasileiro, não havendo porque tentar restringi-lo ou cerceá-lo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Obras pesquisadas:

- BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário. 4ª ed. atual., São Paulo: Saraiva, 1995.
- DECOMAIN, Pedro Roberto. Comentários à Lei Orgânica Nacional do Ministério Público. 1ªEd., Florianópolis: Obra Jurídica, 1996.
- DEPARTAMENTO CULTURAL (Associação Mineira do Ministério Público). Improbidade Administrativa. Belo Horizonte: AMMP, 1996.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 6ªEd., São Paulo: Atlas, 1996.
- FERRAZ, Antônio Augusto Melo de Camargo; MILARÉ, Édis; JÚNIOR, Nelson Néry. A Ação Civil Pública e a Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos. São Paulo: Saraiva, 1984.
- FILHO, Marino Pazzaglini; ROSA, Márcio Fernando Elias; JÚNIOR, Waldo Fazzio. Improbidade Administrativa - Aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público. 2ª ed., São Paulo:Atlas, 1997.
- FILHO F., Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição Brasileira de 1988, São Paulo: Saraiva, 1994, v.3, p.48
- GOULART, Marcelo Pedroso. Ministério Público e Direito Alternativo; 1ªEd.; São Paulo; Editora Acadêmica; 1992; p.35; nota12
- JÚNIOR, Nelson Néry e NÉRY, Rosa Maria Andrade. Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor. 3ª ed. ver. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses Difusos : conceito e legitimação para agir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____, _____. Ação Civil Pública em Defesa do Meio Ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores - (Lei 7.347/85 e Legislação Complementar), 2ª ed. rev. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MAZZILI, Hugo Nigro. A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo - meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos. 4ª ed. rev., ampl. e atual., 1992.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 21ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

_____, _____. Mandado Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data. 15ª ed. atual., São Paulo: Malheiros, 1994.

MILARÉ, Édís. A Ação Civil Pública na Nova Ordem Constitucional. 1ª ed., São Paulo: Saraiva; 1990.

NEGRÃO, Theotonio. Código de Processo Civil e legislação processual em vigor. 27ª ed. atual., São Paulo: Saraiva, 1996.

PRADE, Péricles. Conceito de Interesses Difusos. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

Artigos pesquisados:

GRINOVER, Ada Pellegrini. Uma nova modalidade de legitimação à ação popular. Possibilidade de conexão, continência e litispendência. in MILARÉ, Édís (coord.), Ação Civil Pública - Lei 7.347/85 - Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____, _____.; "A problemática dos interesses difusos" in GRINOVER, Ada Pellegrini. A Tutela dos Interesses

Difusos; São Paulo: Max Limonad, 1984, p.36/37

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Uma análise comparativa entre os objetos e as legitimações ativas das ações vocacionadas à tutela dos interesses metaindividuais: mandado de segurança coletivo, Ação civil pública. Ações do Código de Defesa do Consumidor e ação popular, in Justitia, v.160, 1992.

Acórdãos pesquisados:

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 67.148 de São Paulo, relator Ministro Adhemar Maciel, in Diário da Justiça da União, em 04/12/995, p.42.148

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 22.962/5 da comarca de Viçosa, Relator Desembargador Bernardino Godinho, in Diário da Justiça de Minas Gerais, em 18.03.95, p.01

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível nº 47.136 da comarca de São Francisco do Sul, Rel. Des. Vanderlei Romer, in Diário da Justiça de Santa Catarina, em 23.10.95, p.08