

**UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO
FACULDADE DE DIREITO “LAUDO DE CAMARGO”
MESTRADO EM DIREITO**

ARTUR FRANCISCO MORI RODRIGUES MOTTA

**A AÇÃO DE IMPROBIDADE PROPOSTA PELO MINISTÉRIO
PÚBLICO COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO COLETIVA DA
MORALIDADE ADMINISTRATIVA**

RIBEIRÃO PRETO

2015

ARTUR FRANCISCO MORI RODRIGUES MOTTA

**A AÇÃO DE IMPROBIDADE PROPOSTA PELO MINISTÉRIO
PÚBLICO COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO COLETIVA DA
MORALIDADE ADMINISTRATIVA**

Dissertação apresentada à Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito. Área de Concentração: Concreção dos Direitos Coletivos e Cidadania.

Orientador: Prof. Dr. Zaiden Geraige Neto.

RIBEIRÃO PRETO

2015

Ficha catalográfica preparada pelo Centro de Processamento
Técnico da Biblioteca Central da UNAERP

- Universidade de Ribeirão Preto -

Motta, Artur Francisco Mori Rodrigues, 1980 -
**M921d A Ação de Improbidade proposta pelo Ministério Público como
Instrumento de Proteção Coletiva da Moralidade Administrativa / Artur
Francisco Mori Rodrigues Motta. - - Ribeirão Preto, 2015.**

161 f.

Orientador: Prof. Dr. Zaiden Geraige Neto.

Dissertação (mestrado) - Universidade de Ribeirão Preto,
UNAERP, Direito, área de concentração: Concreção dos Direitos
Coletivos e Cidadania, 2015.

1. Ação de Improbidade. 2. Ministério Público. 3. Moralidade
administrativa.

I. Título.
CDD: 340

ARTUR FRANCISCO MARI RODRIGUES MOTTA

**A AÇÃO DE IMPROBIDADE PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO
INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO COLETIVA DA MORALIDADE
ADMINISTRATIVA**

Dissertação de Mestrado apresentada ao
Programa de Pós-Graduação em Direito
da Universidade de Ribeirão Preto para
obtenção do título de Mestre em Direito

Área de Concentração: Direitos Coletivos e Cidadania

Data da defesa: 02 de julho de 2015

Resultado: Aprovado

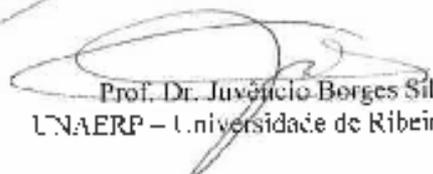
BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. Zeiden Geraigo Neto
UNAERP – Universidade de Ribeirão Preto



Prof. Dr. Jair Aparecido Cardoso
USP – Universidade de São Paulo



Prof. Dr. Juvêncio Borges Silva
UNAERP – Universidade de Ribeirão Preto

Ribeirão Preto - SP
2015

Dedico a conclusão de mais esta etapa a meus mestres, principalmente aos estimados professores Dr. Zaiden, Geraige Neto e Dr. Juvêncio Borges Silva, que sempre se fizeram presentes a cada momento de minha jornada, por serem pilares fundamentais na formação de seus pupilos, fazendo jus a todas as homenagens com muita admiração, apreço e respeito.

A vida não é um problema a ser resolvido, mas um mistério a ser vivido. A vida é o que nos acontece enquanto estamos a fazer outros planos. Quando um homem não sabe a que porto se dirige, nenhum vento lhe é favorável. Não há ventos favoráveis para os que não sabem para onde vão. (SÊNECA)

RESUMO

O presente estudo surgiu da seguinte indagação: como o Ministério Público tutela a moralidade administrativa por meio da ação coletiva de improbidade? Para responder a tal questionamento foi adotado como referencial teórico o contratualismo jusnaturalista de Jean-Jacques Rousseau em razão de sua forte crença na soberania popular, na democracia e no direito natural confiado à vontade geral dos cidadãos livres. O método científico adotado foi o dedutivo, realizado de forma dissertativa por meio de uma pesquisa bibliográfica em obras especializadas nacionais e internacionais sobre as teorias e posicionamentos principais, o estudo da legislação e de determinados posicionamentos doutrinários relevantes, corroborados pela jurisprudência nacional. Não há pretensão de exaurir a temática e tão pouco de apresentar novas teorias ou formulações. Busca-se somente trazer à baila uma relevante abordagem em razão da evolução dos direitos metaindividuais e da vertiginosa ampliação da corrupção perpetrada por agentes públicos nos tempos atuais. Assim, no desenvolvimento desta tese discorreu-se de forma concatenada ao longo dos capítulos sobre a origem do Estado a partir de uma concepção jusnatural-contratualista, a evolução histórica dos direitos humanos e do surgimento dos interesses metaindividuais e os principais impactos da improbidade administrativa sobre os legítimos interesses da coletividade no contrato social. Em seguida foram realizados os estudos específicos acerca da improbidade propriamente dita, abrangendo as fontes normativas, figuras típicas e formas de tutela da probidade administrativa, para então ser abordado o Ministério Público como instituição constitucionalmente democrática, sua natureza jurídica, princípios institucionais, âmbito de atuação, atribuições constitucionais, e seus instrumentos destinados à tutela da probidade administrativa, dentre os quais está a ação de improbidade. Por fim, na última parte do trabalho são estudados os principais pontos processuais da ação de improbidade proposta pelo Ministério Público destinados à obtenção da tutela protetiva judicial. Ao final concluiu-se que o Ministério Público, como cabal representante dos legítimos interesses de uma sociedade democrática, tutela de forma preventiva e repressiva a moralidade administrativa, e dentre as formas repressivas figura a ação de improbidade como instrumento indispensável à proteção da moralidade e probidade administrativas, principalmente valendo-se das sanções previstas no art. 12 da Lei de Improbidade, essencial à própria cidadania e à existência saudável e legítima de um Estado Democrático Direito, valores estes sem os quais até mesmo a estrutura e estabilidade pacífica do pacto social rousseauiano correriam sério risco de serem rompidas, colocando em xeque a própria dignidade da pessoa humana, restaurando a propensão ao estado de natureza hobbesiano.

Palavras-chave: Moralidade administrativa; Ministério Público; Ação de improbidade.

ABSTRACT

This study arose from the following question: how the prosecutor protects the administrative morality through the collective improbity action? To answer such questioning was adopted as a theoretical contractarianism the natural law of Jean-Jacques Rousseau because of their strong belief in popular sovereignty, democracy and natural law entrusted to the general will of free citizens. The scientific method used was deductive, conducted in dissertation form through a literature search in national and international specialist works on the theories and key positions, the study of law and certain relevant doctrinal positions, supported by national jurisprudence. There is no claim to exhaust the subject and so little to present new theories or formulations. The aim is to bring only a relevant approach because of the evolution of meta-individual rights and dizzying expansion of corruption committed by public officials in modern times. There fore, in developing this thesis spoke up concatenated way through the chapters on State origin from a jusnatural-contractualist perspective, the historical evolution of human rights and the emergence of meta-individual interests and the main impacts of improper conduct on the legitimate interests of the community in the social contract. Then the specific studies of actual misconduct were carried out, covering the normative sources, typical figures and forms of protection of administrative probity, and then be approached prosecutors as constitutionally democratic institution, its legal, institutional principles, acting under , constitutional responsibilities, and their instruments for the protection of administrative probity, among which is the improbity action. Finally, the last part of the work the main points of procedural impropriety of action proposed by the public prosecutor for the taking of judicial protective custody are studied. At the end it was concluded that prosecutors, as fully representative of the legitimate interests of a democratic society, protection of preventive and repressive administrative morality, and in the repressive forms figure improbity action as an indispensable instrument for the protection of an essential tool for the protection of morality and administrative probity, especially taking advantage of the penalties provided for in art. 12 of Improbity Law, essential to the citizenship and healthy and legitimate existence of a democratic state law, values without which even the structure and peaceful stability of rousseauian social contract would run serious risk of being broken, jeopardizing the dignity of human person, restoring the propensity to hobbesian state of nature.

Keywords: Administrative morality; Public Ministry; Improbity action.

LISTA DE ABREVIATURAS E SÍMBOLOS

Onde se lê:	Leia-se:
Art.	Artigo
CC	Código Civil de 2002
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal de 1988
CF/1988	Constituição Federal de 1988
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNMP	Conselho Nacional do Ministério Público
CP	Código Penal de 1941
CPC	Código de Processo Civil de 1973
CPP	Código de Processo Penal de 1971
ICP	Inquérito Civil Público
LACP	Lei de Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985)
LC	Lei Complementar
MP	Ministério Público
MP-SP	Ministério Público do Estado de São Paulo
MPU	Ministério Público da União
MPF	Ministério Público Federal
PPIC	Procedimento Preparatório ao Inquérito Civil Público
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ/SP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
2. O REGIME DEMOCRÁTICO E A PROIBIDADE ADMINISTRATIVA COMO BEM JURÍDICO	15
2.1 O ESTADO DEMOCRÁTICO E O PAPEL DE SEUS CIDADÃOS.....	21
2.2 DA CORRELAÇÃO ENTRE A PROIBIDADE ADMINISTRATIVA E A CIDADANIA.....	26
2.3 OS BENS JURÍDICOS CONSTITUCIONAIS DECORRENTES DO PACTO SOCIAL.....	30
2.4 DIREITOS HUMANOS, DIREITOS FUNDAMENTAIS E O SURGIMENTO DOS DIREITOS METAINDIVIDUAIS.....	31
2.5 A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E SEUS PRINCIPAIS IMPACTOS SOBRE OS LEGÍTIMOS INTERESSES DA COLETIVIDADE NO CONTRATO SOCIAL.....	38
3. A PROIBIDADE ADMINISTRATIVA E SUA TUTELA	41
3.1 FONTES NORMATIVAS DE MAIOR EXPRESSÃO PARA A TUTELA DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	41
3.2 PRINCIPAIS APONTAMENTOS SOBRE A LEI DE IMPROBIDADE.....	48
3.3 DAS FIGURAS TÍPICAS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	50
3.4 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA FACE AOS CRIMES DE RESPONSABILIDADE.....	59
3.5 DOS INSTRUMENTOS DE DEFESA DA PROIBIDADE ADMINISTRATIVA.....	63
4. A DEFESA COLETIVA DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO	67
4.1 DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO INSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA.....	67
4.2 DA NATUREZA JURÍDICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO.....	70
4.3 DOS PRINCÍPIOS INSTITUCIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO.....	70
4.4 O ÂMBITO DE ATUAÇÃO DOS MINISTÉRIOS PÚBLICOS FEDERAL E ESTADUAL NA PROPOSITURA DA AÇÃO DE IMPROBIDADE.....	72
4.5 DA ATRIBUIÇÃO CONSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A TUTELA DA PROIBIDADE ADMINISTRATIVA.....	79
4.6 DOS INSTRUMENTOS DE TUTELA EXTRAJUDICIAL E JUDICIAL DA PROIBIDADE ADMINISTRATIVA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO.....	83
5. PRINCIPAIS APONTAMENTOS PROCESSUAIS SOBRE A AÇÃO DE IMPROBIDADE MINISTERIAL VISANDO O PROVIMENTO PROTETIVO	94
5.1 DA LEGITIMIDADE ATIVA.....	94
5.2 DA COMPETÊNCIA.....	95
5.3 DO PROCEDIMENTO.....	99
5.4 DA PRESCRIÇÃO.....	105
5.5 DA LEGITIMIDADE PASSIVA.....	106
5.6 DAS LIMINARES.....	110
5.7 DO JULGAMENTO E DA COISA JULGADA.....	112
CONSIDERAÇÕES FINAIS	122
REFERÊNCIAS	131

1. INTRODUÇÃO

Os seres humanos, em regra, optam voluntariamente por viver em grupos e constituem sobre si Estados, cuja função é ordenar a convivência coletiva e pacificar os litígios.

Conforme as sociedades evoluem direitos são reconhecidos e criados na proporção em que a complexidade das relações cresce exponencialmente.

Na medida em que as relações entre os indivíduos evoluíram, bem como o rol de direitos se tornou mais complexo e dotado de maior variabilidade, o modelo bipartite no qual constava a tradicional dicotomia entre direito público e direito privado foi superado por um modelo tricotômico no qual passaram a coexistir o direito público, os interesses metaindividuais e os direitos privados.

Diante do surgimento das novas relações jurídicas geradas pela economia de massa e da evolução e reconhecimento de interesses transindividuais nasceu concomitantemente uma necessidade premente de criação e aprimoramento das formas e instrumentos de tutela, essencialmente mais adequadas e efetivas à proteção de tais bens jurídicos.

A moralidade administrativa é um dos interesses metaindividuais difusos identificados na forma de direitos humanos de terceira geração. Trata-se de um valor jurídico a partir do qual se origina a concepção de probidade administrativa.

A probidade e a moralidade são essenciais à existência saudável e à legitimidade de um Estado Democrático Direito, com vistas à estabilidade pacífica do Estado, do ordenamento e da coletividade. Isto, pois, tal forma de Estado decorre diretamente do princípio da soberania popular, o qual assegura a participação efetiva e operante dos cidadãos na condução política da coisa pública, servindo também como garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana.

A cidadania democrática contemporânea é o produto dinâmico de um contrato social voluntariamente firmado por homens livres, pacto este que tem evoluído histórica e socialmente para melhor atender aos anseios e necessidades de cada coletividade, a cada momento. Logo, nos tempos atuais, tanto a estrutura estatal quanto o ordenamento jurídico devem se destinar única e exclusivamente para proteger a legítima vontade da coletividade, não podendo em hipótese alguma servir como meios ou instrumentos de opressão, controle de massa ou escudo para a corrupção e exploração dos cidadãos.

Deste modo, para o presente estudo adota-se referencial teórico a visão de Thomas Hobbes quanto ao estado de natureza, bem como o contratualismo jusnaturalista de Jean-Jacques Rousseau, em razão de sua forte crença na soberania popular, na democracia, estando o direito natural confiado à vontade geral dos cidadãos livres, os quais, em condições justas, firmam voluntariamente um contrato social, abrindo mão de uma parcela destas suas liberdades naturais plenas em favor da constituição de uma autoridade, de um ente moral sobre o qual depositam confiança para gerir o interesse público, atender ao bem comum e fomentar a satisfação dos anseios e necessidades da coletividade.

Nos tempos em que a ganância pelo lucro mais barato e irresponsável se torna cada vez mais freqüente, cabe ao Estado, diante de sua função de pacificação social, juntamente com a coletividade, lançar mãos de instrumentos e institutos mais adequados, específicos e efetivos de tutela aos bens jurídicos essenciais à própria sobrevivência humana, ao bem comum, à convivência produtiva e à felicidade coletiva.

Dentre as instituições e instrumentos disponíveis para a tutela da probidade administrativa constam o Ministério Público e a Ação de Improbidade, aquele como função extrapoder essencial à justiça, defensora da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, e esta como ferramenta essencial ao sancionamento de certos tipos de condutas indevidas.

Logo, o tema em estudo possui grande relevância, principalmente diante da evolução dos direitos metaindividuais, visto que o Ministério Público e a ação de

improbidade são essenciais à cidadania e à existência saudável e legitimidade de um Estado Democrático Direito¹.

Por esta razão foi adotado no presente estudo o método científico dedutivo, tendo como objetivos gerais a busca por demonstrar algumas das funções do Ministério Público no Estado Democrático e como se dá a tutela da probidade administrativa por meio da ação de improbidade ministerial.

Para tanto, foram utilizadas a pesquisa bibliográfica em obras especializadas nacionais e internacionais sobre as teorias e posicionamentos principais, o estudo da legislação e de determinados posicionamentos doutrinários relevantes, corroborados pela jurisprudência nacional, porém, sem ter a pretensão de esgotar o assunto². Ou seja, o método de pesquisa utilizado no presente estudo dissertativo é o bibliográfico, sendo para tanto coletados os dados pertinentes por meio da leitura das fontes primárias (normas vigentes no ordenamento jurídico), bem como das fontes secundárias (livros, teses, artigos, dissertações e ensaios correlatos), delimitados ao âmbito do ordenamento jurídico pátrio e necessariamente tomados dentro de um contexto social e político, para que assim os dados abordados por meio do método dedutivo sejam analisados e interpretados por meio do método lógico-qualitativo.

No presente estudo foi elaborada uma apresentação cronológica e concatenada ao longo dos capítulos dos elementos correlatos, partindo-se de elementos gerais e culminando-se com elementos específicos, todos aptos a ilustrar e sustentar a conclusão.

Inicialmente aborda-se a origem do Estado a partir de uma concepção jusnatural-contratualista, identificando o papel (a função) dos cidadãos que o compõe, para em seguida identificar-se a correlação entre a probidade administrativa e a cidadania, ambos bens jurídicos protegidos pelo ordenamento,

¹ O presente tema possui também relevância pessoal, pois o Ministério Público estadual é a carreira para a qual este autor dedica seus estudos e preparação no presente momento e a tutela da probidade administrativa é uma das mais importantes atribuições cotidianas da referida instituição.

² Juridicamente o bom doutrinador não é o mais renomado, mas sim aquele que traz ensinamentos adequados e as melhores respostas aos anseios de quem o busca. Ou seja, nos caminhos do verdadeiro conhecimento científico não importa quem é o autor, o pensador, o cientista ou o doutrinador, mas sim e tão somente o conteúdo objetivamente valorado, ou seja, o que foi dito, descoberto, criado ou adequadamente sustentado, sua coerência, seu acréscimo, aprimoramento ou sua contribuição para com a evolução humana.

fruto da evolução histórica dos direitos humanos e do surgimento dos interesses metaindividuais. Na seqüência, por sua relevância, são também abordados os principais impactos da improbidade administrativa sobre os legítimos interesses da coletividade no contrato social, para logo depois iniciarem-se os estudos específicos acerca da improbidade propriamente dita, abrangendo as fontes normativas, figuras típicas, comparação com crimes de responsabilidade, e formas de tutela da probidade administrativa, inclusive preventivas e repressivas.

Considerado seu papel essencial, é então abordado o Ministério Público como instituição constitucionalmente democrática perene, sua natureza jurídica, princípios institucionais, âmbito de atuação e atribuições constitucionais, e seus instrumentos destinados à tutela da probidade administrativa.

Já na última parte do trabalho são estudados os principais pontos processuais da ação de improbidade proposta pelo Ministério Público destinados à obtenção da tutela protetiva judicial concedida a partir do provimento à ação de improbidade, visto ser a tutela judicial a última barreira de defesa e proteção do cidadão frente à ilegalidade, haja vista constar a probidade como um dos pilares que sustentam a existência saudável de um legítimo regime democrático.

Portanto, apesar da abrangência do tema, considerando-se que ao *Parquet* incumbe a defesa dos legítimos e mais caros interesses da coletividade, materializando-se como um pilar fundamental de cidadania, no cerne da questão e sob um enfoque jusnatural-contratualista, propugna-se que nos regimes democráticos o Ministério Público e a ação de improbidade figuram como essenciais e indispensáveis à proteção da moralidade administrativa, à própria cidadania e à existência saudável e legitimidade de um Estado Democrático Direito, sem os quais até mesmo a estrutura e a estabilidade pacífica do pacto social correriam sério risco de serem rompidas, colocando em xeque a própria dignidade da pessoa humana.

2. O REGIME DEMOCRÁTICO E A PROIBIDADE ADMINISTRATIVA COMO BEM JURÍDICO

Conforme a linha de pensamento jusnaturalista sempre adotada, ao longo da História diversas foram as formas de manutenção da paz e prosperidade em meio aos grupamentos humanos. Muitos foram os sistemas de Governo e espécies de Estado.

O homem, por questões de conveniência e oportunidade, busca conviver em coletividade, mas para que esta convivência seja benéfica e produtiva, torna sempre necessário o estabelecimento de regras e padrões de conduta, ainda que rudimentares.

Desde os tempos mais remotos, mesmo antes do homem possuir plena consciência de seus atos, já existia primordialmente e de forma natural o Direito, uma vez que qualquer criatura ao ter ameaçado, ofendido ou lesado um bem ou interesse seu de relevância, instintivamente lança mão de algum recurso defensivo insurgindo-se contra seu o agressor.

Passados os tempos, o homem evoluiu superando a autotutela e o conceito de estado de natureza³, no qual imperava a vontade do mais forte, mais inteligente, ou mais oportunista, em um sistema de batalha de todos contra todos⁴.

Os indivíduos então voluntariamente passaram a viver em grupamentos ordenados, por perceberem que juntos teriam maior proteção contra predadores, inimigos, riscos e dificuldades oferecidas pela natureza, podendo somar esforços, partilhar atribuições e multiplicar os frutos de seu trabalho e convivência comuns.

³ O ser humano nasce em “estado de natureza”, no qual “o homem é o lobo do homem”, vivendo livre sem qualquer forma de limitação, preponderando o mais forte, o mais rápido ou o mais esperto. A partir desta realidade, se a convivência em coletividade é algo criado pela vontade humana, ela pode sim ser modelada.

⁴ Aprofundamentos sobre o “estado de natureza” podem ser encontrados, dentre outras, na obra *Leviatã* de Thomas Hobbes (HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2002).

Estava estabelecido um contrato social⁵, uma livre associação de seres humanos inteligentes que deliberadamente resolveram formar certo tipo de sociedade, na qual tacitamente abdicavam de parte de suas liberdades individuais em troca dos benefícios de uma convivência coletiva. E, para que esta convivência seja pacífica, ordenada, harmônica e frutífera, desde logo, se torna necessário o estabelecimento de uma tábua de valores, de cláusulas naturais de respeitabilidade e conduta entre os indivíduos, bem como a organização do Estado por meio da firma de uma Carta Política, de uma Constituição fruto de uma concepção cultural⁶.

O pacto social nasce da necessidade de cooperação entre homens contra outros homens, bem como contra as forças da natureza⁷. Todos nascem homens e ao mesmo tempo livres, e renunciar a tal liberdade implica abrir mão da própria qualidade de ser homem⁸.

Ao abandonar o estado de natureza o homem abdica de parte de suas liberdades e independência, porém, em favor de algo muito maior. Ao tornar-se cidadão de uma sociedade o indivíduo passa a ter oportunidade de aprimorar suas potencialidades humanas e de desenvolver sua natureza e consciência racional. A virtude não é possível no estado de natureza, uma vez que apenas em sociedade os homens podem ter consciência de elementos morais⁹.

Deste modo surgiram as primeiras normas, as regras básicas de convivência que devem ser seguidas por todos, em respeito à vontade geral, competindo ao Estado a busca da paz, da ordem, do bem comum, da justiça e da felicidade coletiva, o que torna possível se construir uma civilização próspera e harmônica, orientada sob a luz do valor natural do princípio da dignidade da pessoa humana¹⁰.

O jusnaturalismo contratualista não é uma mera e antiga teoria filosófica, mas trata-se também de uma realidade patente, contemporânea e totalmente

⁵ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2002.

⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed., Salvador: Ed. Juspodivm, 2009, p. 89.

⁷ ROLLAND, Romain. **O Pensamento vivo de Rousseau**. São Paulo: USP, 1975, p. 40.

⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 11.

⁹ Idem, p. 31.

¹⁰ MOTTA, Artur Francisco Mori Rodrigues. **A dignidade da pessoa humana e sua definição**. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3821, 17 dez. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26178>>. Acesso em: 6 jan. 2015.

presente, sendo a Constituição uma expressão do pacto social e as leis legitimamente democráticas cláusulas regulamentares que disciplinam os valores supremos de tal contrato.

Para os que eventualmente rejeitem o jusnaturalismo contratualista, devemos fazer alguns apontamentos.

Diante da ausência do pacto social, leia-se, de uma ordem consensual aceita pelos indivíduos de determinada coletividade, o que retorna? Ou, o que surge em seu lugar?

Existem sempre duas possibilidades concretas, conforme a predisposição cultural de cada coletividade: (i) a anarquia, a selvageria, ou seja, o Estado de Natureza, no qual todos podem tudo, na medida de suas forças e paixões individuais, preponderando a vontade do mais forte, do mais rápido ou do melhor oportunista em cada situação; ou (ii) a restauração de ordem consensual (retomando o anterior ou criando um novo pacto social), a partir de comportamentos solidários e altruístas, na busca de se afastar o destrutivo estado de natureza¹¹.

É possível destacar casos reais e recentes ilustrativos deste tipo de constatação.

Cite-se, por exemplo, o que pode ocorrer após um desastre natural, como aconteceu após a devastação deixada pelo Furacão Katrina em Nova Orleans, nos Estados Unidos. Sem a presença efetiva estatal em locais onde há falta de água, alimentos e recursos básicos de sobrevivência instala-se um “caos de criminalidade”, ou seja, há uma situação de “cada um por si”, leia-se, um estado de natureza, na medida em que cada indivíduo passa novamente a ter plena liberdade para tomar o que bem entender (saques, roubos, furtos, etc) e a fazer o que lhe for conveniente para viver ou sobreviver (estupros, homicídios, incêndios, etc), dentro do “poder natural” que detiver¹². Os mais fortes subjagam os mais fracos, os oportunistas se

¹¹ BRASIL. **Desastres naturais e comportamento humano**. Disponível em: <<http://www.gentequeeduca.org.br/planos-de-aula/desastres-naturais-e-comportamento-humano>>. Acesso em: 07 fev 2015.

¹² BRASIL. Portal Terra. **Nova Orleans é tomada por saques; sobreviventes do Katrina fogem**. 01 de setembro de 2005. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/mundo/noticias/0,,O1650585-EI314,00-Nova+Orleans+e+tomada+por+saques+sobreviventes+do+Katrina+fogem.html>>. Acesso em: 07 fev 2015. BRASIL. Portal Terra. **Estupros e assassinatos: crimes atingem vítimas do**

apossam dos recursos dos mais vulneráveis, e assim por diante, em uma disputa de todos contra todos.

Da mesma forma se torna presente um estado de natureza em algumas regiões acometidas por conflitos bélicos, guerras e revoluções armadas¹³. Não se trata de mera “violação à legalidade”. Só há legalidade enquanto persiste determinado pacto social adotado por seus integrantes.

Existem ainda os grupos terroristas (As FARC - Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia), a formação de “poderes paralelos” (como nos morros dominados pelo tráfico de drogas no Rio de Janeiro), as facções criminosas (como o Comando Vermelho e o Primeiro Comando da Capital) e os criminosos profissionais de alta periculosidade, cuja vida é dedicada a satisfazer seus anseios individuais de forma totalmente dissociada do pacto social. São pessoas que podem ser classificadas por Günter Jakobs como “inimigos”, justificando um tratamento severo e diferenciado pelos membros do ordenamento jurídico. Referido autor defende a implementação de duas formas de tutela criminal: o *Direito Penal do Cidadão* (integrante do contrato social) e o *Direito Penal do Inimigo* (*destinado àqueles que agem gravemente contra a coletividade*)¹⁴.

A criminalidade perene, eleita como meio de vida por certa parcela de sujeitos, é um exemplo real, atual e mundial de retorno ao estado de natureza. Da mesma forma, existem organizações políticas corruptas voltadas a explorar os frutos do pacto social democrático, em proveito próprio, por meio de atos de improbidade, crimes e deturpações dos valores constitucionais, como ocorre neste momento no Brasil, Venezuela, Colômbia, Bolívia, dentre outros.

Assim sendo o estado de natureza existia, existe, e sempre existirá, ainda que de forma latente, perpetuamente aguardando a conjuntura adequada para seu

Katrina. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/mundo/furacaokatrina/interna/0,,O1653740-EI5397,00-Estupros+e+assassinatos+crimes+atingem+vitimas+do+Katrina.html>>. Acesso em: 07 fev 2015. BRASIL.

¹³ BRASIL. Portal Brasileiros. **ONU denuncia possíveis crimes de guerra do grupo Estado Islâmico.** 07 de fevereiro de 2015. Disponível em: <<http://brasileiros.com.br/2015/02/onu-denuncia-possiveis-crimes-de-guerra-grupo-estado-islamico/>>. Acesso em: 07 fev 2015.

¹⁴ GRECO, Rogério. **Direito Penal do Inimigo.** Disponível em: <<http://www.rogeriogreco.com.br/?p=1029>>. Acesso em: 07 fev 2015.

ressurgimento em qualquer localidade do planeta como consequência inevitável da ausência de um legítimo contrato social democrático¹⁵.

Nesta seqüência de raciocínio, evoluindo a partir das concepções de Rousseau, as sociedades atuais são fruto de um processo histórico-cultural, o qual, porém, tem como plano de fundo a teoria contratualista. E conforme as coletividades evoluem e a complexidade das relações cresce exponencialmente novos direitos são reconhecidos e também criados.

Dentre os direitos essenciais está a dignidade da pessoa humana, um valor fundamental constitucional que norteia todas as atividades realizadas nos âmbitos nacional e internacional.

O objetivo do convívio em coletividade é a sobrevivência de forma mais segura e confortável aos seus integrantes. Para tanto se faz necessária uma doutrina dos instintos e impulsos bestiais e egoístas dos indivíduos, com foco no respeito e empatia.

Tanto a criminalidade, quanto a prática de atos de improbidade administrativa, quando dotados de maior gravidade, colocam em sério risco a estabilidade do pacto social e a dignidade humana dos cidadãos vitimados.

Naturalmente, cada indivíduo busca atender a seus interesses e necessidades, mas também possui um dever quanto aos de seu grupo. Contudo, em certas ocasiões as pretensões dos grupos e dos indivíduos se contrapõem, nascendo então um litígio. Na pacificação dos litígios valores, princípios e bens jurídicos são sopesados para que sejam conciliados ou um prevaleça sobre os demais, sempre buscando-se a solução menos gravosa aos litigantes.

De fato, as vantagens de uma vida em coletividade devem ser distribuídas equitativamente entre todos os membros. No entanto, enquanto a competitividade imperar sobre a cooperação, o parasitismo sobre a simbiose, em qualquer reunião de homens haverá sempre uma tendência contínua e abusiva de concentração de

¹⁵ A abordagem filosófica referida se aplica também diante da ausência de regimes ditatoriais, imperialistas ou monárquicos, apesar de suas diferenças básicas em relação ao regime democrático.

privilégios nas mãos de uma minoria, restando erroneamente aos demais a miséria e a debilidade¹⁶.

Assim sendo, somente boas e sábias leis, fundadas livremente na real vontade coletiva, poderiam evitar tais desproporcionalidades. Do mesmo modo em que se cria um estado natural de guerra entre os favorecidos e desamparados, a partir do momento em que há o restabelecimento do equilíbrio entre estes elementos da convivência humana, traz-se de volta a segurança, a paz e a estabilidade sociais.

Para prevenir e impedir o desrespeito a estas normas naturais, essenciais e inevitáveis de proteção torna-se necessária a criação de instrumentos estatais destinados à proteção dos bens jurídicos inerentes à coletividade, bem como à educação civilizatória e sancionamento dos infratores que a esta compõe.

Dentro de tal contexto, surgiu a denominada “teoria do ilícito”, a qual se relaciona com a cláusula geral de não causar danos a terceiros, uma premissa lógica de que a toda a vítima de um ato ilícito, como consequência, será dado o direito de buscar a tutela jurisdicional com vistas à reparação dos danos sofridos (art. 5º, V, da CF/1988)¹⁷. Contemporaneamente esta cláusula geral de tutela da personalidade decorre diretamente do princípio de respeito à dignidade humana (art. 1º, III, da CF/1988).

Esta consequência refere-se à responsabilização do agente causador nos âmbitos: civil, penal e administrativo, as quais devem a princípio incidir no caso concreto de forma autônoma e independente.

A República Federativa do Brasil, constituída em um Estado Democrático¹⁸ de Direito, seguiu a mesma linha natural histórico-evolutiva, materializando por meio da Carta Magna tais valores essenciais na forma de direitos individuais, garantias fundamentais e modo de estruturação do Estado.

¹⁶ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2002, p. 15.

¹⁷ FIÚZA, César. **Por uma nova teoria do ilícito civil**. Portal Universo Jurídico. Disponível em: <<http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/?action=doutrina&iddoutrina=2027>>. Acesso em: 11 out 2014.

¹⁸ O gênero humano necessita de união, por isso forma comunidades, para não perecer. Porém, é necessário encontrar a melhor forma de associação, que defenda a liberdade natural enquanto meio para essa finalidade, que é a união para a conservação mútua. E Rousseau acredita na democracia como sendo melhor forma de governo, uma vez que está diretamente ligada à natureza de associação dos homens (ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2002).

Logo, conforme o sistema vigente, diante de uma ofensa a um bem jurídico, restam ao titular lesado duas alternativas: (i) a autocomposição, forma amigável de solução da lesão; ou (ii) a heterocomposição, forma de pacificação de conflitos e litígios operada pelo Estado, por meio das decisões do Poder Judiciário, este figurando como terceiro estranho intervindo na relação original entre as partes.

Deste modo, ao Estado compete a heterocomposição e o *jus puniendi*¹⁹, em regra não cabendo mais aos indivíduos obter suas pretensões à força, fazendo “justiça” com as próprias mãos²⁰, sob pena de tornarem-se transgressores às normas, passíveis de responsabilização.

No atual estágio do desenvolvimento estatal, não basta somente uma resposta repressiva às lesões e aos ilícitos, há primordialmente a necessidade de uma atuação preventiva, evitando e impedindo que ocorram tais danos aos bens jurídicos.

No mundo existem diversos instrumentos e instituições destinados à defesa de bens jurídicos. Por sua vez, no Brasil, a República Federativa, constituída como um Estado Democrático de Direito, elegeu e destacou em sua Carta Magna a essencialidade do Ministério Público como instituição legitimada à defesa dos valores de maior relevância, dentre os quais estão a moralidade e probidade administrativas (arts. 127, 129, III, e 37 da CF).

2.1 O ESTADO DEMOCRÁTICO E O PAPEL DE SEUS CIDADÃOS

Há um consenso de que o Estado somente existe como decorrência de sua criação pelo ser humano. Ou seja, sem o Homem não existe Estado, havendo

¹⁹ *Jus puniendi*: locução latina que designa o direito e o dever de punir os transgressores das normas penais.

²⁰ Autotutela: é o modo mais rudimentar que possuem os homens de solucionar seus conflitos de interesse através da força, que hoje consta como crime previsto no art. 345 do CP.

então uma clara relação de dependência. Entretanto, dentre os filósofos, pensadores políticos e teóricos constitucionalistas há uma divergência na medida em que alguns acreditam que o Estado existe para servir de instrumento ao Homem, já outros alegam que o Homem existe para servir ao Estado.

Ao longo da história humana, vários foram os modos de organização dos Estados: (i) quanto à forma de Estado unitário, federado ou confederado; (ii) quanto à forma de governo os absolutistas (monarquias, impérios e etc) ou repúblicas; (iii) quanto ao sistema de governo presidencialista ou parlamentarista; e (iv) quanto ao regime de governo democrático ou ditatorial²¹.

Em um regime ditatorial os órgãos governamentais responsáveis pela elaboração das leis e pela tomada das decisões políticas realizam suas escolhas a partir da conveniência daqueles que exercem o poder, podendo ou não observar a vontade do povo²². Ou seja, há uma linha filosófica de base na qual o povo existe para servir ao Estado.

Por sua vez, em um regime democrático os órgãos governamentais responsáveis pela elaboração das leis e pela tomada das decisões políticas quanto aos atos de governo devem obrigatoriamente observar a vontade dos cidadãos, em um processo de convergência da vontade popular. Ou seja, essencialmente o povo figura como titular legítimo do poder soberano sobre as funções legislativa e executiva, de forma tal que o Estado existe como instrumento para servir à coletividade.

O Estado Democrático decorre do princípio da soberania popular, o qual assegura a participação efetiva e operante dos cidadãos na coisa pública, servindo

²¹ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24^a ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2004, pp. 97 a 105.

²² Alguns pensadores buscavam elaborar teorias a fim de justificar a concentração de poder nas mãos dos monarcas que o exerciam de forma ditatorial, cite-se, por exemplo, Nicolau Maquiavel - autor de "O Príncipe" e Thomas Hobbes - autor de Leviatã.

como garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana²³. É o governo do povo, pelo povo e para o povo²⁴.

Os direitos fundamentais possuem sua origem nos direitos naturais. Ao longo da história humana certos valores morais foram sendo reconhecidos como “direitos humanos” na ordem internacional, tornando-se princípios jurídicos, positivados ou não, os quais posteriormente se tornaram direitos fundamentais ao serem integralizados ao ordenamento jurídico e constituição dos países.

Os direitos humanos correspondem a um conjunto de direitos essenciais e inerentes à dignidade, reconhecidos declaratoriamente na ordem jurídica internacional. Por serem universalmente aceitos são positivados na ordem interna dos Estados sob o título direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais no Brasil são divididos atualmente em classes: os individuais e coletivos; os sociais; os de nacionalidade; e os políticos e de partidos políticos. Todos estes são constituídos na forma de cláusulas pétreas (expressamente - art. 60, §4º, da CF, ou por meio de interpretação ampliada²⁵), visto que decorrem diretamente do princípio de respeito à dignidade humana (arts. 1º, III, da CF). São a essência de um Estado Democrático de Direito, porque limitam a ingerência arbitrária estatal e legitimam o exercício do poder, protegendo os interesses mais fundamentais da pessoa humana. São um conjunto de direitos mínimos ligados à dignidade e essenciais a uma convivência pacífica em coletividade.

Caso contrário seria a coletividade instável, sujeita a revoluções, conflitos e guerras. São direitos de defesa e respeito contra o Estado e contra qualquer

²³ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2004, pp. 117 e 119.

²⁴ Frase célebre proferida pelo ex-presidente norte-americano Abraham Lincoln, aos 19 de Novembro de 1863, durante seu discurso em Gettysburg, Pennsylvania. Disponível em: <<http://www.abrahamlincolnonline.org/lincoln/speeches/gettysburg.htm>>. Acesso em: 13 dez 2013.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.685, Pleno do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 26 de setembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 19 jul. 2013.

pessoa. E alguns são também direitos prestacionais inerentes ao Estado do bem-estar social, como saúde, educação, previdência e etc²⁶.

Assim, o reconhecimento de tais direitos traz limites e obrigações à atuação estatal, como instrumentos indispensáveis à proteção da dignidade.

Atualmente referido regime democrático de governo é muito bem aceito na maior parte do mundo ocidental por conta da proteção jurídica oferecida aos direitos humanos (naturais e fundamentais), assegurando efetivamente o respeito às liberdades, à igualdade, à fraternidade e à dignidade, sendo garantido a cada cidadão o direito de participar ativamente na formação da vontade do Estado, na vida política e na condução da coisa pública.

Neste sentido, como corolário do regime democrático existe o direito de sufrágio, um direito natural e também fundamental²⁷, que no Brasil consta como direito público subjetivo e uma garantia universal dos cidadãos de poder participar da vida política, organização e das decisões do Estado, votando e sendo votados, desde que preenchidos os requisitos constitucionais e legais de alistabilidade e elegibilidade²⁸.

A Constituição Federal é uma tábua de valores na qual consta a organização jurídica e política do Estado e da coletividade que a compõe. Referida Carta Política prevê expressamente que o Brasil atual é formado como uma “República Federativa”, um “Estado democrático” e um “Estado de Direito”.

A expressão “República” refere-se à forma de governo (oposta à Monarquia), ao modo como se relacionam governantes e governados. Por sua vez “Federativa” trata da forma de Estado federada (em oposição ao Estado Unitário), ao modo de descentralização do poder político, com a reunião de entidades políticas autônomas reconhecidas pela CF, unidas de forma indissolúvel²⁹.

²⁶ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2004, p. 175.

²⁷ BARRETTO, Rafael. **Direitos Humanos**. 3ª ed., Salvador: Juspodvm, 2013, p. 257.

²⁸ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16ª ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, pp. 957 a 961 e 1128 a 1138.

²⁹ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 19ª ed., São Paulo: Ed. Método, 2011, p. 13.

A República é soberana, mas a União, os Estados-membros e os Municípios são autônomos entre si (art. 18 da CF)³⁰.

Um “Estado democrático” é aquele que adota o regime de governo chamado democracia (demonstração de poder pelo povo), no qual deve preponderar sempre a legítima vontade popular, a vontade da maioria dos membros da coletividade, apesar de resguardados os direitos e garantias das minorias. E complementarmente, “Estado de Direito” refere-se à existência de limitações à ingerência estatal por meio do estabelecimento de direitos fundamentais.

Mas qual a relevância desta abordagem conceitual?

Em uma Democracia (do grego "*demo kratos*") há um regime de governo no qual o poder de tomada das mais importantes decisões políticas está nas mãos do povo, de forma tal que a concretização da cidadania depende diretamente da legítima expressão da vontade dos cidadãos, membros da coletividade.

Na antiguidade clássica, os gregos criaram o termo *demokratia*, que significa *demos*, ou seja, o povo, e *kratos*, governar, sendo a mais conhecida como um modelo de democracia participante, voltada para a participação dos cidadãos³¹.

Com o surgimento das instituições políticas nas Cidades-Estados gregas houve a admissão da participação política direta.

Na política grega, Aristóteles³² disseminou a ideia de constituição de um regime organizado, estruturado e ordenado nas relações entre as partes, uma vez

³⁰ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 19ª ed., São Paulo: Ed. Método, 2011, p. 14.

³¹ DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Brasília: Universidade, 2009. p. 21.

³² Quando lemos os filósofos antigos, particularmente Platão e Aristóteles, podemos observar que a política é definida como uma forma superior de vida – a vida justa, segundo Platão; a vida boa e bela, segundo Aristóteles. Para ambos, a política se define pela justiça, ainda que cada um deles tome o justo de maneira diferente. Para Platão, uma política é verdadeira ou justa quando nela o sábio governa, o corajoso a protege e o concupiscente produz os meios materiais de conservação da comunidade. Em outras palavras, a política justa é aquela em que a razão comanda, subordinando ao seu comando a força militar e o poderio econômico. Aristóteles, porém, parte da existência de uma divisão social, qual seja, a existência de pobres e ricos, e considera justa a política que opera no sentido de diminuir tanto quanto possível essa desigualdade – ou, como diz o filósofo, a política é a arte de igualar os desiguais. Por esse motivo, Aristóteles distingue dois tipos de justiça: a justiça distributiva ou do partilhável, que se refere à distribuição pública dos bens para diminuir a distância entre os pobres e ricos; e a justiça do participável, isto é, daquilo que não pode ser dividido, distribuído ou partilhado, mas apenas participado, isto é, o poder político que deve ser exercido por

que a política não seria apenas o exercício de um poder, mas a relação entre as partes.

Neste contexto, o verdadeiro cidadão seria aquele que efetivamente exerce participação na vida pública.

As decisões sobre a condução da *polis* (Cidade-Estado) eram tomadas na *Ágora*, pois havia uma democracia direta, onde todos os cidadãos poderiam participar. Daí o motivo de dizer que democracia equivale à participação do povo na condução do governo.

2.2 DA CORRELAÇÃO ENTRE A PROIBIDADE ADMINISTRATIVA E A CIDADANIA

Pode-se definir o Estado como uma sociedade politicamente organizada, cujo povo que ocupa determinado território e possui soberania para perseguir seus objetivos específicos.

Por sua vez, “cidadania” é um termo equívoco dotado de diferentes significados. E sua concepção jurídica também varia de acordo com o regime de governo adotado.

A partir de uma visão democrática, o cidadão deve ser identificado como sendo um membro elementar na composição estrutural de qualquer Estado. É o sujeito possuidor de um vínculo político e jurídico com o ente moral ao qual integra, sendo um dos pilares cujo somatório forma a estrutura-base sobre a qual se sustenta a edificação do ente ideal.

Cidadania qualifica os participantes da vida do Estado, é atributo das pessoas integradas na sociedade estatal, atributo político decorrente do

todos os cidadãos. (CHAUÍ, Marilena. O que é política? In **O esquecimento da política**. Org. Adauto Novaes. Rio de Janeiro: Agir, 2007, p. 29).

direito de participar no governo e direito de ser ouvido pela representação política... Nacionalidade é conceito mais amplo do que cidadania, e é pressuposto desta, uma vez que só o titular da nacionalidade brasileira pode ser cidadão³³.

Contemporaneamente o conceito de cidadania pode ser identificado de duas formas, em sentido lato e em sentido estrito³⁴.

Em sentido lato cidadão é o membro de uma coletividade, figurando como titular capaz de desempenhar um papel social ao exercer uma parcela da soberania geral.

O “povo” corresponde ao conjunto de pessoas que podem ser encontradas no território de determinado Estado ou que sejam juridicamente a este vinculadas de forma definitiva, sejam cidadãos ou não, sejam nacionais ou estrangeiros. Cite-se, por exemplo, estrangeiros que residem no Brasil a trabalho ou brasileiros que residem no exterior para a mesma finalidade.

Sob outra ótica, o “nacional” seria o sujeito titular de um vínculo político-jurídico com o Estado ao qual pertence, como, por exemplo, o brasileiro nato ou naturalizado, que possui um vínculo com a República Federativa do Brasil³⁵.

Em sentido estrito o cidadão é o indivíduo que possui capacidade eleitoral ao menos ativa, ou seja, é o sujeito apto a votar, ser votado, e também exercer diretamente sua parcela política poderes através dos meios e instrumentos disponíveis no ordenamento, como propor uma ação popular, participar de plebiscito e referendos, desde que preencha os requisitos legais.

Deste modo, nota-se que todo cidadão é sempre integrante do povo, mas nem todo integrante do povo é cidadão, haja vista a necessidade de ser legítimo possuidor de poderes políticos democráticos para tanto³⁶.

³³SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 305.

³⁴Idem, p. 108.

³⁵ALMEIDA, Roberto Moreira de. **Curso de Direito Eleitoral**. 6ª ed., Salvador: Ed. Juspodivm, 2012, p. 63.

³⁶Idem, p. 61 e 62.

Uma vez considerada a cidadania como um termo equívoco, referida expressão pode referir-se à qualidade de cidadão em sentido estrito ou ao poder do indivíduo de influir e participar da formação da vontade, desenvolvimento e condução do Estado ao qual se vincula, inclusive quanto à proteção e efetivação de direitos fundamentais (civis, políticos e sociais).

Os direitos fundamentais são direitos humanos positivados ou aceitos na ordem constitucional. São valores morais, princípios jurídicos derivados do direito natural que vem sendo reconhecidos ao longo da história, conforme a evolução das coletividades. São a essência de um Estado Democrático de Direito, porque limitam a ingerência arbitrária estatal e legitimam o exercício do poder, protegendo os interesses mais fundamentais da pessoa humana. Formam um conjunto de direitos mínimos ligados à dignidade e essenciais a uma convivência pacífica em coletividade. Caso contrário será uma coletividade instável, sujeita a revoluções e guerras. São direitos de defesa e respeito contra o Estado e contra qualquer pessoa.

O Estado Democrático de Direito funda-se na legitimidade de uma Carta Magna rígida, emanada na vontade popular, que dotada de supremacia, acaba vinculando os poderes e os atos provenientes do próprio Estado. Na democracia todo poder emana do povo, devendo ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por seus representantes eleitos, em um processo de convivência social pacífica e produtiva em uma sociedade livre, justa e solidária, nos termos do art. 3º, inciso I, da Constituição Federal.

Do mesmo modo a democracia é pluralista, uma vez que respeita a pluralidade de ideias, culturas e etnias, pressupondo-se o diálogo e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de diferentes formas de organização e interesses na sociedade.

É um processo que deve libertar a pessoa humana das formas de opressão, não bastando apenas um mero reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais. Exige-se em verdade o acesso efetivo às condições

sócio-econômicas para a plena fruição de tais direitos em um Estado de Justiça Social, fundado na dignidade da pessoa humana³⁷.

A Democracia trata do poder de autodeterminação da coletividade na criação de normas jurídicas e na legítima formação da vontade do Estado. E a tarefa fundamental do Estado Democrático de Direito consiste em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime que realize a Justiça Social³⁸.

O papel do cidadão dentro de um Estado Democrático assemelha-se ao de um diretor de uma grande empresa, responsável por exprimir seus votos e pensamentos direcionados à formação da vontade e à correta condução da nação.

Em uma verdadeira democracia cada cidadão é um membro da mesa diretora que conduz a nação.

Entretanto, para que esta referida diretriz primária de existência estatal se mantenha, alguns bens jurídicos devem estar efetivamente protegidos, dentre eles a moralidade e probidade administrativas.

A gestão e condução da coisa pública deve ser de todas as formas protegida, preventiva e repressivamente, contra a conhecida “corrupção”, na medida em que cada desvio ímprobo afeta não somente o interesse público secundário da pessoa jurídica estatal vitimada, mas lesa moral e materialmente a coletividade como um todo ao afetar o interesse público primário, colocando em dúvida inclusive se continua mantida a legitimidade dos atos de governo que estão sendo praticados, conforme o caso concreto.

Há uma preocupação crescente com o combate à corrupção, com a delimitação de padrões éticos, de eficiência administrativa e de controle da gestão pública, como forma de efetivação do republicanismo e do Estado Democrático de Direito³⁹. Isto, pois, a imoralidade administrativa é inimiga da República, traduzindo-

³⁷ SILVA, José Afonso da. O Estado Democrático de Direito. In **Direito Constitucional: Teoria Geral do Estado**. Vol. II. Org. Clèmerson Merlin Clève e Luis Roberto Barroso. São Paulo: RT, 2011. p. 980.

³⁸ Idem, p. 982.

³⁹ NEVES, Daniel Assunção Amorim; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de Improbidade Administrativa**. São Paulo: Método: 2012, p. 3.

se em um desvirtuamento, no uso privado da coisa pública, na prática de atos destinados à busca do “bem, satisfação e felicidade individuais” em prejuízo do “bem comum e felicidades coletiva”⁴⁰.

Logo, a cidadania em sentido lato, o regime democrático e seus corolários, incluídas a moralidade e a probidade administrativa, são valores constitucionais e ao mesmo tempo bens jurídicos, justificando e necessitando, pois, de concreta e efetiva proteção pelo ordenamento a fim de que a legitimidade estatal, a estabilidade do ordenamento e a convivência pacífica e produtiva possam ser mantidas, evitando-se um eventual rompimento revolucionário do ordenamento vigente ou até mesmo o rompimento do pacto social restaurando o estado de natureza.

2.3 OS BENS JURÍDICOS CONSTITUCIONAIS DECORRENTES DO PACTO SOCIAL

A Constituição Federal é a materialização promulgada do pacto social firmado entre todos os cidadãos brasileiros, trazendo em si os valores morais, direitos e vedações, essenciais à convivência coletiva, bem como a organização e estruturação jurídica do Estado.

Os direitos fundamentais constitucionais são direitos humanos positivados na Carta Política, valores morais, princípios jurídicos que vem sendo reconhecidos ao longo da história, conforme a evolução das coletividades⁴¹.

Os Direitos Humanos são importantes na medida em que viabilizam uma convivência harmônica, pacífica e produtiva entre os indivíduos de uma coletividade. Tais direitos são essenciais à formação de um Estado Democrático, isto, pois, o

⁴⁰ Vide item 2.1 deste estudo.

⁴¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 39-45.

governo que nega tais direitos basilares dá causa a revoluções, guerras e revoltas, sendo o reconhecimento de tais direitos instrumentos indispensáveis à proteção da dignidade.

Todos estes referidos direitos e valores, inclusive a moralidade e probidade administrativas (arts. 37 e 170 da CF) estão previstos, regulamentados por normas infraconstitucionais, tornando-se protegidos pelo ordenamento brasileiro. Desenvolveu-se todo um sistema de instrumentalização e proteção preventiva e repressiva contra eventuais violações. A relevância deste destaque está exatamente na identificação do que seriam bens jurídicos.

Referidos valores morais a partir do momento em que passam a ser protegidos pelo ordenamento tornam-se bens jurídicos. Ou seja, bens jurídicos são os valores morais relevantes de uma coletividade colocados sob tutela do ordenamento e do Estado.

Podemos definir os bens jurídicos como circunstâncias reais ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta a todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos⁴². Tal concepção remonta à ideia de bens existenciais indispensáveis ao desenvolvimento de uma coletividade (art. 170 da CF)⁴³.

2.4 DIREITOS HUMANOS, DIREITOS FUNDAMENTAIS E O SURGIMENTO DOS DIREITOS METAINDIVIDUAIS

Os direitos fundamentais possuem sua origem na positivação ou

⁴² ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 18-19.

⁴³ BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal. Introdução e princípios fundamentais**. V.1. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. Coleção Ciência Criminais, p. 232.

incorporação de direitos naturais a certo ordenamento jurídico.

Ao longo da história humana certos valores morais foram gradativamente sendo reconhecidos como “direitos humanos” na ordem internacional, tornando-se princípios jurídicos, positivados ou não, os quais posteriormente vieram a se tornar direitos fundamentais a partir de sua integralização ao ordenamento jurídico de cada nação.

Os direitos fundamentais no Brasil são divididos atualmente em classes: os individuais e coletivos; os sociais; os de nacionalidade; e os políticos e de partidos políticos.

Todos estes são constituídos na forma de cláusulas pétreas e decorrem diretamente do princípio de respeito à dignidade humana (arts. 1º, III, da CF).

São a essência de um Estado Democrático de Direito, porque limitam a ingerência arbitrária estatal e legitimam o exercício do poder, protegendo os interesses mais fundamentais da pessoa humana.

Conforme os ensinamentos de Rafael Barretto⁴⁴, os *direitos humanos* são um conjunto de direitos essenciais e inerentes à dignidade, reconhecidos declaratoriamente na ordem jurídica internacional. Por serem universalmente aceitos são positivados na ordem interna dos Estados sob o título *direitos fundamentais*.

Os Direitos Humanos viabilizam uma convivência harmônica e produtiva entre os indivíduos de uma coletividade.

Como visto, a coletividade se formou exatamente para reduzir e pacificar os conflitos de interesses. Mas, conforme a coletividade se desenvolveu, novos conflitos surgiram. E neste sentido o reconhecimento dos direitos humanos vem de um processo histórico no qual, em cada época, foram sendo declarados e acrescentados novos direitos, na medida da evolução das coletividades. Em 1979, o jurista tcheco Karel Vasak utilizou pela primeira vez a expressão "gerações de direitos do homem", buscando, metaforicamente, demonstrar a evolução dos direitos

⁴⁴ BARRETTO, Rafael. **Direitos Humanos**. 3ª ed., Salvador: Juspodvm, 2013, p. 34.

humanos com base no lema da revolução francesa (liberdade, igualdade e fraternidade)⁴⁵.

A primeira geração se refere às liberdades clássicas, cujos titulares são os indivíduos. Trata-se de direitos individuais, civis (liberdades) e políticos (de participação). Esta primeira geração foi o resultado das revoluções liberais, fundadas em ideais iluministas com inspiração jusnaturalista, como reação dos indivíduos contra a opressão do estado governamental, que forçaram a transição do Estado Absolutista para o Estado liberal⁴⁶.

A segunda geração se refere à igualdade, na qual o destinatário era o grupo. Trata dos direitos sociais (proteção contra desemprego, condições mínimas de trabalho, assistência em caso de invalidez, aposentadoria e de assistência social, saúde), culturais (direito à educação básica) e econômicos. Como a liberdade irrestrita de contratar e a propriedade como direito sagrado e absoluto geravam graves discrepâncias, enriquecendo alguns em detrimento da pobreza de muitos, a igualdade formal perante a lei era insuficiente, exigindo-se maior igualdade material, de forma que os vitimizados se agruparam politicamente para criar força e exigir melhores condições, de modo a surgir os movimentos “classistas” de *corpos intermediários* (instituições) que buscaram reduzir os desníveis sociais decorrentes da Revolução industrial europeia e da péssima qualidade de vida e de condições de trabalho. Assim, a segunda geração foi resultado da pressão popular explorada, com a pretensão de melhores condições de vida e de trabalho, com a transição do Estado liberal ao Estado prestacional (Estado do bem-estar social), fundada em ideais comunistas de Marx e Engels, que exigiam do Estado uma atuação positiva de intervenção no domínio econômico para reequilibrar a distribuição de riquezas e propiciar aos indivíduos condições minimamente dignas de trabalho e sobrevivência, como, por exemplo, direitos trabalhistas, direito à saúde e à educação acessíveis a todos indistintamente⁴⁷.

A terceira geração se refere à fraternidade (solidariedade), cujo destinatário é a sociedade difusamente considerada, em um Estado pós-social. A

⁴⁵ BARRETTO, Rafael. **Direitos Humanos**. 3ª ed., Salvador: Juspodvm, 2013, p. 34.

⁴⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed., Salvador: Ed. Juspodvm, 2009, p. 578-592.

⁴⁷ Idem.

coletividade em razão da produção e consumo massificados e do reconhecimento dos direitos metaindividuais viu-se diante dos direitos dos povos e dos direitos difusos, direitos de interesse das coletividades situados entre o interesse público e o interesse privado⁴⁸.

Alguns autores, como Bobbio, defendem a existência de uma quarta geração relacionada ao biodireito e ao direito de informação, em razão dos riscos à existência humana natural, decorrentes dos avanços na engenharia genética, bem como do direito de acesso à informação e às conquistas tecnológicas por todas as pessoas⁴⁹.

Outros defendem a existência de uma quinta geração, como Bonavides⁵⁰, relacionada à paz, em razão dos crescentes conflitos armados, insegurança entre nações e atentados terroristas, tem se cogitado acerca desta nova geração mencionando-se referência ao “direito à paz”, na verdade à convivência pacífica e harmoniosa entre os sujeitos e entre nações a fim de evitar a terceira guerra mundial.

A partir deste contexto histórico nota-se a origem dos direitos metaindividuais, bem como a necessidade de criação de formas e instrumentos efetivos destinados a propiciar uma adequada tutela a tais interesses.

Diante da evolução das coletividades, novas necessidades, novos direitos e novos conflitos também surgiram nesse novo contexto.

Apesar de existirem desde o direito romano, somente a partir do século XX, em razão da massificação das relações, é que surgiu a necessidade mais premente de tutela coletiva dos interesses de grupos ou classes, estes agora universalizados.

A clássica dicotomia entre interesse público estatal e interesse privado, inerente aos países de tradição romana do direito (*civil law*), passou a receber severas críticas na medida em que o termo “interesse público” tornou-se uma

⁴⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed., Salvador: Ed. Juspodivm, 2009, p. 578-592.

⁴⁹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

⁵⁰ BONAVIDES, Paulo. **A Quinta Geração de Direitos Fundamentais**. Disponível em: <http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/3_Doutrina_5.pdf>. Acesso em 15 jul. 2014.

expressão equívoca, sendo utilizada para designar tanto os interesses públicos estatais propriamente ditos (primário e secundário), quanto os interesses sociais, difusos, coletivos, individuais homogêneos e até interesses indisponíveis individuais⁵¹.

Por esta razão, nas últimas décadas vem sendo reconhecida uma nova categoria intermediária de interesses (os transindividuais), a qual se situa além do interesse privado, mas aquém do interesse público propriamente dito, ensejando a necessidade de uma nova forma mais adequada e efetiva de tutela. Ou seja, com a evolução das relações humanas a forma de tutela individual tornou-se insuficiente, pois surgiram situações que extrapolavam o interesse individual (privado), mas que também não alcançavam o interesse público⁵².

No Brasil os direitos metaindividuais (gênero) são divididos em três espécies: os difusos, coletivos e individuais homogêneos, cada qual com suas peculiaridades⁵³.

Os direitos difusos possuem natureza indivisível (atinge a todos igualmente), seus titulares são pessoas indeterminadas, ligadas por circunstâncias de fato.

Os interesses coletivos possuem natureza indivisível (atinge a todos igualmente), seus titulares são grupos de pessoas determináveis ligadas por uma relação jurídica base, esta entre os titulares ou com a parte contrária.

Os direitos individuais homogêneos possuem natureza divisível, cujos titulares são grupos de pessoas determináveis, ligadas por fatos decorrentes de origem comum. São em verdade, direitos individuais tutelados de forma coletiva em razão dos princípios da segurança jurídica, economia processual, isonomia e justiça material.

No Brasil a defesa judicial destes referidos direitos é feita por meio de um “microssistema processual coletivo” no qual há uma integração central entre a Lei de

⁵¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 22ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 48.

⁵² Idem, p. 50.

⁵³ Art. 81 do Código de Defesa do Consumidor.

Ação Civil Pública (art. 21) e o Código de Defesa do Consumidor (art. 90), ambas com previsões remissivas recíprocas formando um 'tronco base', complementado por outras normas especiais gravitantes⁵⁴ que irradiam previsões e formas de interpretação, sempre observados os princípios da especialidade e da integração, todas se interrelacionando de forma coerente por meio de um "diálogo das fontes"⁵⁵.

Destaque-se, entretanto, que em tal microsistema o CPC possui aplicação somente subsidiária, respeitadas as previsões especiais do sistema coletivo, conforme o princípio da primazia das normas processuais coletivas (art. 19 da LACP), sob pena de invalidade do processo coletivo.

O posicionamento que sustenta a existência um verdadeiro microsistema coletivo, dotado de princípios e regras próprios com influências recíprocas sistemáticas, é corroborado por diversos autores de relevo.

É inegável que há um microsistema coletivo. Isso porque a tutela de massa, à míngua de uma regulação codificada, é regulada por uma gama de diplomas interligados, com princípios comuns e que, por tal passo, formam um microsistema que permite a comunicação constante da legislação atrelada ao direito coletivo.

Deste modo, a concepção do microsistema jurídico coletivo deve ser ampla, a fim de que o mesmo seja composto não apenas do Código de Defesa do Consumidor e da Lei da Ação Civil Pública, mas de todos os corpos legislativos inerentes ao direito coletivo, razão pela qual diploma que compõe o microsistema é apto a nutrir carência regulativa das demais normas, pois, unidas, formam sistema especialíssimo. Isso significa dizer que o Código de Processo Civil terá aplicação somente se não houver solução legal nas regulações que estão disponíveis dentro do microsistema coletivo que, destaque-se, é formado por um conjunto de diplomas especiais com o mesmo escopo (tutela de massa)⁵⁶.

⁵⁴ Cite-se, por exemplo, a Lei de Ação Popular (Lei 4.717/1965) Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992), Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003), Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), Lei de Portadores de Deficiência (Lei 7.853/1989), Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001), Lei de Valores mobiliários (Lei 7.913/1989); Lei de Livre Concorrência (Lei 12.529/2011); etc.

⁵⁵ A teoria do diálogo das fontes é uma concepção do jurista alemão Erik Jayme, trazida para o Brasil por Claudia Lima Marques. Esta teoria determina que o Direito deve ser interpretado como um todo, sistemático e harmônico, de forma que uma norma jurídica complemente o sentido e aplicação das demais, ao invés de uma norma excluir a aplicação da outra (TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 2ª ed. São Paulo: Método, 2012, p. 66).

⁵⁶ MAZZEI, Rodrigo. **A Ação Popular e o microsistema da tutela coletiva**. In Revista Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade de Ribeirão Preto. Curitiba: Juruá, 2011, p. 221/244.

A interação entre o CDC e a LACP, em consonância com a Constituição Federal de 1988 formam o eixo central do microssistema de tutela coletiva brasileira, formando, por assim dizer, um Código de Processo Civil Coletivo⁵⁷.

Em que pese ter sido vetado o art. 89 do CDC, por meio de seus artigos 90, 110 e 117, em consonância com o art. 21 da LACP, o princípio da perfeita interação entre essas leis propicia uma verdadeira simbiose entre as regras do processo coletivo⁵⁸. Ou seja, as regras processuais de um diploma podem ser aplicadas a outro indistintamente, formando assim um microssistema de tutela coletiva (ou jurisdição civil coletiva)⁵⁹.

Logo, referido microssistema coletivo é aplicável tanto para a tutela das relações de consumo quanto para todas às situações envolvendo quaisquer outros interesses metaindividuais, dentre os quais consta a proibidade administrativa, consubstanciando assim o “direito processual coletivo”⁶⁰.

A partir destas concepções e sendo a moralidade administrativa um interesse difuso dentre os direitos humanos de terceira geração, um bem jurídico que necessita de tutela estatal, a proteção processual coletiva à proibidade administrativa urge como essencial a um saudável Estado Democrático de Direito.

⁵⁷ GIDI, Antônio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 77.

⁵⁸ NERY JÚNIOR, Nelson; WATANABE, Kazuo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 792, 993-999. ALVIM, Eduardo Arruda. In: MAZZEI, Rodrigo Dias; NOLASCO, Rita Dias. **Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 60.

⁵⁹ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 312.

⁶⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. **Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 77.

2.5 A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E SEUS PRINCIPAIS IMPACTOS SOBRE OS LEGÍTIMOS INTERESSES DA COLETIVIDADE NO CONTRATO SOCIAL

A imoralidade administrativa é uma perigosa inimiga da República e da legítima Democracia.

O desvirtuamento no uso privado da coisa pública, na prática de atos destinados à busca do “bem, satisfação e felicidade individuais” em prejuízo do “bem comum e felicidades coletiva” devem ser encarados como uma doença moral cuja prevenção e combate são essenciais à sobrevivência do próprio Estado.

Em geral há uma preocupação crescente com o combate à corrupção, com a delimitação de padrões éticos, de eficiência administrativa e de controle da gestão pública, como forma de efetivação do republicanismo e do Estado Democrático de Direito.

O Brasil possui a maior carga tributária da América Latina arrebatando 35,7 do produto interno bruto nacional⁶¹, na medida em que a economia brasileira produziu R\$ 4,84 trilhões, enquanto arrecadação somou R\$ 1,74 trilhão no ano de 2013⁶².

Em uma república democrática os bens públicos materiais são fruto principalmente da contribuição tributária coletiva, são bens produzidos a partir da captação de uma parcela considerável do esforço, do suor e do sangue do trabalhador derramados diariamente.

Somente quem exerce honestamente sua profissão sabe o quanto lhe custa e o real valor que tem cada dia de labor.

⁶¹ BRASIL. Revista VEJA. **O Brasil tem a maior carga tributária da América Latina, diz OCDE**. 10 de março de 2015. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/3946654/brasil-tem-maior-carga-tributaria-da-america-latina-diz-ocde>>. Acesso em: 07 abr 2015.

⁶² BRASIL. Revista VEJA. **Carga tributária atinge recorde de 35,95% do PIB em 2013**. 19 de dezembro de 2014. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/economia/carga-tributaria-atinge-3595-do-pib-em-2013>>. Acesso em: 07 fev 2015.

O maior problema não está em verdade somente na alta carga tributária, mas sim em sua efetiva destinação.

Os bens e receitas públicos se destinam a instrumentalizar e custear a realização de todas as atividades estatais, inclusive o fornecimento digno de saúde, educação, moradia e todos os demais direitos sociais. E é exatamente neste ponto em que a improbidade administrativa cria seu maior risco para a coletividade.

Cada centavo que é desviado dos cofres públicos para o enriquecimento ilícito de covardes, ou que cause prejuízo ao erário, deixa de ser aplicado em favor da coletividade, em suas mais diversas formas legítimas.

Um exemplo básico do cotidiano é a situação caótica da saúde pública nacional. Grande parte da população se encontra em situação de vulnerabilidade, dependendo do atendimento público de saúde. E quem custeia esta atividade? Em tese o Estado por meio da arrecadação tributária. Logo, neste exemplo, cada centavo desviado dos cofres públicos deixa de ser empregado no custeio de medicamentos, insumos, cirurgias e todas as demais formas de atendimento necessárias. Como sempre, a coletividade paga (custeia) e sente como se não recebesse nada em troca.

Quem paga e não recebe, logicamente, passa a não querer contribuir mais e se revolta com a situação de exploração. Este quadro gera uma instabilidade no pacto social, a qual, em casos mais graves pode chegar a ser causa até para a insurgência, revoluções e golpes de estado.

Tanto quanto, a escassez e insuficiência de verbas públicas cria situações de miserabilidade, mata e deteriora a saúde e a dignidade de milhões de brasileiros diariamente que morrem nas filas de postos de saúde e hospitais aguardando eternamente para receber um péssimo atendimento.

Da mesma forma, muitos residem em locais de risco, por exemplo, insalubres, sujeitos a enchentes e inundações, pessoas estas que poderiam ser transferidas para outros locais por meio de desapropriações.

Crianças e jovens que estudam em um sistema de “fingimento”, no qual até freqüentam escolas, porém, sem receber efetivamente um ensino adequado e de

qualidade, apto a permitir-lhes atuar com seu máximo potencial dentro da coletividade.

No mesmo sentido existem as tradicionais cobranças de propina destinadas a custear os “desvios de finalidade” na atuação dos agentes públicos⁶³, as obras fantasmas, e os tão atrativos superfaturamentos de licitações⁶⁴. Estas são as formas mais lesivas e nefastas de corrupção, pois geram os danos mais graves colocando os cidadãos em uma delicada situação de vulnerabilidade frente a atuação ilegítima do agente estatal e drenando milhões de reais anualmente dos cofres públicos respectivamente, colocando em xeque inclusive a economia nacional⁶⁵.

E como não mencionar a (in)segurança pública, o domínio cotidiano da criminalidade sobre os cidadãos de bem desprotegidos, a formação de facções criminosas, os constantes roubos, latrocínios, homicídios e etc, apesar da incansável atuação das forças policiais.

Estas áreas mencionadas são básicas, estruturais e essenciais à convivência pacífica e ordenada de uma coletividade que se tornam vulneráveis na medida em que as forças estatais são drenadas pela corrupção.

A improbidade administrativa é uma violência intolerável contra a coletividade que enfraquece o poder de atuação do Estado, mina a credibilidade dos governantes e avilta a dignidade dos cidadãos das mais variadas formas, criando risco tanto ao pacto social quanto à própria função legítima que justifica a existência contratualista do Estado.

Portanto, contemporaneamente a criação e aprimoramento de normas e instrumentos de tutela tornam-se essenciais à sobrevivência e legitimidade do Estado, bem como à proteção da dignidade dos cidadãos como pessoas humanas.

⁶³ BRASIL. Folha de São Paulo. **O julgamento do mensalão**. 19 de março de 2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/especial/2012/ojulgamentodomensalao/>>. Acesso em: 07 fev 2015.

⁶⁴ Brasil. Gazeta Digital. **Maluf confirma superfaturamento em licitação**. 05 de fevereiro de 2015. Disponível em: <<http://www.gazetadigital.com.br/conteudo/show/secao/10/materia/441689/t/maluf-confirma-superfaturamento-em-licitacao>>. Acesso em: 07 fev 2015.

⁶⁵ BRASIL. Folha de São Paulo. **Especial Petrolão: Entenda a Operação Lava Jato**. 02 de fevereiro de 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/especial/2014/petrolao/>>. Acesso em: 07 fev 2015.

3. A PROIBIDADE ADMINISTRATIVA E SUA TUTELA

A moralidade administrativa é um dos interesses metaindividuais identificados na forma de direitos humanos de terceira geração, é um bem jurídico a partir do qual origina-se a concepção de probidade, esta e aquela ambas essenciais à legitimidade e à existência saudável de um Estado Democrático de Direito.

3.1 FONTES NORMATIVAS DE MAIOR EXPRESSÃO PARA A TUTELA DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Os princípios fundamentais orientadores de toda a atividade da Administração Pública encontram-se, explícita ou implicitamente, no texto da CF/1988, dentre os quais avultam em importância os expressos no art. 37, *caput* (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), no art. 39, §7º (racionalidade dos serviços públicos), no art.175 (continuidade do serviço público) e os implícitos (proporcionalidade, razoabilidade, segurança jurídica e motivação dos atos).

No rol de princípios encontramos dois que podem ser considerados “metaprincípios”: Supremacia do interesse público primário e Indisponibilidade do interesse público.

Interesse público primário é aquele que se refere às legítimas necessidades da coletividade, sendo indisponíveis, não cabendo renúncia ou transação. Por outro lado, o interesse público secundário se refere a interesses instrumentais, a necessidades da pessoa jurídica de direito público. São

relativamente indisponíveis, já que cabe renúncia ou transação caso sejam necessários para o melhor atendimento ao interesse público primário⁶⁶.

O interesse coletivo primário (tido como interesse público primário) é o complexo de interesses coletivos prevalente na sociedade, como remunerar de forma suficiente os funcionários públicos para que sejam incentivados a ter uma atuação eficaz. Já o interesse secundário é composto pelos interesses da administração pública como sujeito de direito (interesses subjetivos, patrimoniais em sentido lato), como, por exemplo, majorar a arrecadação de tributos, reduzir as despesas com pessoal, etc⁶⁷.

Deste modo o princípio da supremacia do interesse público primário caracteriza-se pela verticalidade nas relações entre o Estado e os particulares, devendo preponderar o interesse público formado pela legítima reunião das vontades dos membros da coletividade para a condução da coisa pública em detrimento de pretensões individuais privadas ou de interesses públicos secundários. Entretanto, como nenhum princípio é absoluto, em que pese a supremacia, referido princípio deverá respeitar os direitos e garantias fundamentais previstos constitucionalmente⁶⁸.

Quanto ao princípio da indisponibilidade do interesse público, ao Estado foi outorgada uma legitimidade extraordinária para administrar os interesses da coletividade, razão pela qual o administrador público figura como mero gestor da coisa alheia, não tendo poderes de disponibilidade⁶⁹.

Por sua vez, como corolários destes metaprincípios encontram-se os referidos princípios constitucionais expressos no art. 37, *caput*.

O princípio da **legalidade**⁷⁰ refere-se a um dever de atuação conforme juridicidade, de acordo com a lei *lato sensu* e o direito como um todo, observando-se

⁶⁶ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 19ª ed., São Paulo: Ed. Método, 2011, p. 187.

⁶⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 603.

⁶⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 7ª ed., Salvador: Ed. JusPODIVM, 2009, p. 37-40.

⁶⁹ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 19ª ed., São Paulo: Ed. Método, 2011, p. 186.

⁷⁰ Idem, p. 190.

o devido respeito às normas constitucionais, aos tratados internacionais ratificados, leis em sentido estrito, atos normativos, regulamentos, etc.

O princípio da **Impessoalidade** trata da objetividade no atendimento ao interesse público.

É uma aplicação direta do princípio da isonomia, tratando igualmente os iguais, sem privilégios, favorecimentos, desprestígios ou detrimientos injustificados. Na relação jurídica que une a administração pública ao cidadão, em seus dois pólos, existem pessoas sem rosto, sendo uma relação entre dois status, não entre pessoas individualizadas, não importando quem no caso concreto será a pessoa física na posição de cidadão ou representante do Estado. Há uma dupla proibição contra privilégios, favoritismo e preferências, tanto quanto discriminações injustificadas ao cidadão⁷¹.

Conforme referido princípio a administração pública somente pode agir buscando interesses públicos ou coletivos, não podendo agir com o objetivo de prejudicar ou favorecer nenhuma pessoa determinada.

O princípio da **publicidade** determina a divulgação oficial dos atos administrativos, tornando as informações disponíveis ao público em geral, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição, neste ponto regulamentada pela Lei 12.527/2011, como risco à segurança do Estado ou da coletividade, ou que viole a intimidade dos envolvidos⁷².

Este valor só é integralmente respeitado caso ocorra a divulgação dos atos públicos no meio de veiculação adequado ao tipo oficial e em instrumento governamental, ainda que os outros meio de divulgação propiciem maior visibilidade, como a internet.

Trata-se de uma obrigação transparência do poder público em relação a todos os seus atos e informações armazenadas em seus bancos de dados, objetivando viabilizar o controle de legitimidade e legalidade *lato sensu*. Referido

⁷¹ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16ª ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, p. 1275.

⁷² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 7ª ed., Salvador: Ed. JusPODIVM, 2009, p. 44.

princípio institui o direito à publicidade, ao acesso às informações públicas e de interesse público, bem como o dever de prestação de contas (art. 70, parágrafo único, da CF/1988).

O princípio da **eficiência**, explicitado a partir da Constituição de 1988, obriga a administração pública, quanto ao atendimento ao interesse público, a atingir os melhores resultados, com rendimento funcional e melhor aproveitamento de tempo e recursos disponíveis à administração. Este princípio trata do dever de atuação simples, célere, com qualidade e economicidade, sempre em uma ponderação de *custo-benefício* (art. 70 da CF). Este é um critério de controle da administração, servindo como causa para o desfazimento de atos ou contratos administrativos, bem como para a quebra da estabilidade do agente público⁷³.

O princípio da **moralidade** administrativa refere-se à ética, ao decoro, à lealdade, à probidade e à boa-fé objetiva. Trata da atuação segundo padrões éticos de probidade, de boas práticas na condução da coisa pública, sob pena de invalidade dos atos praticados. Não se refere à moralidade social, à noção de certo e errado individual e variável com o tempo que existe na coletividade⁷⁴.

Uma vez analisados estes princípios, urge uma questão. O que é improbidade administrativa?

Nos moldes da Lei 8.429/1992, improbidade administrativa é uma forma de imoralidade qualificada pelo dolo ou culpa, ensejando a aplicação de uma sanção.

É um ato ilícito perante ordenamento jurídico, praticado por agente público ou terceiro, em desfavor da Fazenda Pública, ocasionando enriquecimento ilícito, lesão ao erário ou violação em sentido estrito a princípios que regem a administração pública.

⁷³ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16ª ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, p. 1279.

⁷⁴ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 19ª ed., São Paulo: Ed. Método, 2011, p. 191.

A “moralidade” é uma característica básica que deve ser observada por todos que de alguma forma se relacionam com o Estado, principalmente os agentes públicos.

A probidade é um subprincípio da moralidade e deriva da expressão em latim *probitate* a qual significa “aquilo que é bom”, relaciona-se diretamente com a honestidade e integridade de conduta⁷⁵.

Tal é a relevância da proteção à moralidade que referido princípio foi dotado de status constitucional (art. 37, §4º, da CF).

Podemos dizer que a moralidade pública segue a moralidade comum acrescida de três fundamentos:

(i) honestidade, agir de forma ética;

(ii) lealdade às legítimas finalidades que justificam a existência do Estado, em conformidade com a democrática vontade da coletividade; e

(iii) urbanidade, o comportamento adequado, discreto, que não macula a imagem e credibilidade da instituição pública.

Por esta razão entende-se que a probidade administrativa não possui fundamento apenas genericamente moral, mas em verdade é dotada de base jurídica figurando como princípio geral de direito. Enquanto a moral comum é orientada por uma distinção puramente ética (entre o bem e o mal), a moral administrativa é regida por uma diferença prática entre a boa e a má administração, constatadas com base no atendimento ou não ao interesse público. Portanto, opostamente a improbidade figura como uma espécie qualificada de à imoralidade, uma materialização da desonestidade de conduta ou corrupção⁷⁶.

A partir do neoconstitucionalismo implementado após Segunda Guerra Mundial, supera-se uma visão estritamente legalista (positivista) com a finalidade de reaproximar o Direito da moral, valorizando-se a normatividade dos princípios

⁷⁵ NEVES, Daniel Assunção Amorim; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de Improbidade Administrativa**. São Paulo: Método: 2012, p. 6.

⁷⁶ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Improbidade Administrativa e finanças públicas**. *Boletim de Direito Administrativo*, dez. 2000, p. 920.

jurídicos. Ao lado das normas-regra passam a ser reconhecidas normas-princípio, normas jurídicas primárias as quais tornam-se fundamentos invocados inclusive para controlar a juridicidade dos atos da administração em razão de sua alta carga valorativa⁷⁷.

Historicamente, para se estruturar uma proteção segura e efetiva contra ilicitudes jaz como essencial a implementação de instrumentos jurídicos aptos e adequados.

A previsão constitucional declara expressamente o bem jurídico “moralidade administrativa”. Contudo, outras normas anteriores, constitucionais e infraconstitucionais, já haviam disposto sobre o mesmo tema.

As leis 3.164/1957 e 3.502/1958, ambas promulgadas com base no art. 141, § 31, da CF/1946 disciplinavam o sequestro e perdimento de bens em favor da Fazenda Pública para os casos de enriquecimento ilícito ou abuso no exercício do cargo ou função pública. Dentro deste contexto pode-se citar o Ato Institucional 5/1698 outorgado para disciplinar, dentre outros temas, sobre a possibilidade do Presidente da República decretar o confisco de bens de quem tenha obtido enriquecimento ilícito no exercício de cargo ou função pública, sendo em consequência editado o Decreto-Lei 359/1969 objetivando regulamentar a Comissão Geral de Investigações no âmbito do Ministério da Justiça⁷⁸.

Atualmente temos diversos diplomas normativos tutelando a proteção contra a improbidade e corrupção.

No âmbito internacional podem ser citadas três convenções específicas das quais o Brasil é signatário:

(i) a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997, e ratificada por meio do Decreto Legislativo 125/2000;

⁷⁷ NEVES, Daniel Assunção Amorim; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de Improbidade Administrativa**. São Paulo: Método: 2012, p. 8.

⁷⁸ Idem, p. 14.

(ii) a Convenção Interamericana contra a Corrupção, concluída originalmente em Caracas, em 29 de março de 1996, ratificada por meio do Decreto Legislativo 152/2002; e

(iii) a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, ratificada por meio do Decreto Legislativo 348/2005.

Na esfera constitucional podem ser observados exemplificativamente alguns dispositivos, como os arts. 5º, LXXIII; 37, *caput* e §4º; 14, §9º; 15, V; e 85, V.

Por sua vez no campo infraconstitucional merecem destaque: a Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa); a Lei 4.717/1965 (Lei de Ação Popular); a Lei 1.079/1950 e o Decreto-Lei 201/1967 (Leis sobre Crimes de Responsabilidade); a Lei 8.730/1993 (Lei sobre a obrigatoriedade da declaração de bens e rendas para o exercício de cargos, empregos e funções estatais federais); o art. 52 da Lei 10.257/2001 (Estatuto das Cidades), disciplinando alguns casos de improbidade praticados por prefeitos; o art. 73 da Lei 9.504/1997 (Lei das Eleições), arrolando hipóteses de improbidade durante os pleitos eleitorais; o art. 482, “a”, da CLT, mencionando o ato de improbidade como justa causa para a rescisão do contrato de trabalho; etc.

Por fim, em que pese não ser uma norma em sentido abstrato, mas sim uma forma vinculada de interpretação judicial, por se tratar de uma inovação recente e de grande relevância ao tema, vale destacar a aplicação da súmula vinculante 13 do STF, a qual veda o nepotismo direto e cruzado⁷⁹.

Dentre todas as normas infraconstitucionais mencionadas a de maior expressão é a Lei 8.429/1992, na medida em que tipifica materialmente os principais atos de improbidade, bem como disciplina aspectos processuais da ação civil de improbidade.

⁷⁹ Súmula vinculante 13 do STF: a nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o 3º grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da união, dos estados, do distrito federal e dos municípios (nepotismo direto), compreendido também o ajuste mediante designações recíprocas (nepotismo cruzado), viola a constituição federal.

Por ser a Lei 8.429/1992 uma norma de incidência nacional, aplicável a quase todos os entes e entidades das administrações direta e indireta - ressalvados os dispositivos de conteúdo essencialmente administrativo, estes que incidem somente sobre o âmbito federal, a abordagem da referida lei exige alguns destaques.

3.2 PRINCIPAIS APONTAMENTOS SOBRE A LEI DE IMPROBIDADE

A Lei de Improbidade é um diploma que disciplina diversos aspectos materiais e processuais da tutela à moralidade administrativa, especificando: quem são os sujeitos ativos e passivos em um ato de improbidade, quais são alguns dos atos típicos, as sanções e consequências aplicáveis a cada caso, o dever de entrega de declaração de bens dos agentes públicos, a disciplina de aspectos dos processos administrativo e judicial, e por fim algumas figuras criminais.

A Lei de Improbidade entrou em vigor no ano de 1992, porém, conforme entendimento solidificado do STJ, não pode ser aplicada retroativamente para alcançar fatos anteriores a sua vigência, ainda que ocorridos após a edição da Constituição Federal de 1988. Isto, pois, para a tutela de casos anteriores exige-se a aplicação das leis 3.164/1957 e 3.502/1958. Ou seja, não é possível a aplicação das sanções previstas pela Lei 8.429/1992 a atos de improbidade administrativa que se consumam inteiramente, na conduta e em seus efeitos, em período anterior à sua vigência, visto que, por se tratar de legislação mais gravosa, a retroatividade é exceção, por imperativo de segurança jurídica universalmente aceito, caso em que não há possibilidade de efeito imediato da lei nem retroatividade dessa, ainda que

inexista direito adquirido, ato jurídico perfeito ou coisa julgada em favor do agente infrator⁸⁰.

No entanto, referido Tribunal especifica na mesma prolação que a observância da garantia constitucional da irretroatividade da lei mais gravosa, esteio da segurança jurídica e das garantias do cidadão, não impede a reparação do dano ao erário, tendo em vista que, de há muito, o princípio da responsabilidade subjetiva se acha incrustado em nosso sistema jurídico. Deste modo, não é possível a aplicação retroativa das sanções previstas na Lei 8.429/1992 na hipótese em que o Ministério Público ajuíza, com base no artigo 37, §4º, da CF de 1988, ação de reparação de danos em face de atos de improbidade administrativa praticados antes da vigência daquela lei, pois o dispositivo constitucional, mesmo na condição de veículo legitimador de sanções, é norma de eficácia limitada e estava na dependência de legislação que lhe desse efetiva aplicação, o que ocorreu apenas com a Lei 8.429/1992, que, por ser norma estatal punitiva, não pode retroagir, em observância ao artigo 5º, XL, da CF.

Por último, o STJ acrescenta que quanto aos atos de improbidade administrativa iniciados antes da vigência da lei e cuja cadeia de violações da ordem jurídica, por eles originada, persiste até e após a entrada em vigor daquele diploma legal, visto que no caso não há retroatividade proibida da lei, mas simples aplicação dela a fatos em curso, isto é, atos ilícitos com condutas sucessivamente realizadas ou reiteradas que justificam a incidência do regime legal. É possível a decretação de indisponibilidade de bens para fins de ressarcimento ao Erário, quando comprovada improbidade administrativa, ainda que os bens tenham sido adquiridos anteriormente à prática do ato ímprobo, visto que, segundo o artigo 7º da Lei 8.429/1992 e seu parágrafo único, a indisponibilidade dos bens é medida processual que se destina somente a impedir o esvaziamento do patrimônio do réu para ressarcir o Erário, não havendo na letra da lei, assim, restrição alguma quanto ao momento em que foram adquiridos esses bens, nem quanto à quantidade suficiente para garantir a condenação, nem quanto à necessidade de comprovação de que os bens foram adquiridos de forma ilícita.

⁸⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1129121, da SEGUNDA TURMA, Brasília, DF, 15 de março de 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

Uma vez analisadas a evolução social e jurídica, bem como as bases e origens da tutela à probidade administrativa, há então espaço para uma análise mais detida e específica sobre o tema em estudo.

3.3 DAS FIGURAS TÍPICAS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A moralidade administrativa refere-se diretamente à ética, ao decoro, à lealdade, à probidade e à boa-fé objetiva na condução da coisa pública, deste modo, é relevante abordar-se as principais figuras típicas de improbidade, para que na sequência se torne possível a compreensão acerca da viabilidade de cada uma das modalidades de tutela e controle da probidade.

Nos termos da correta jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a improbidade é a ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente⁸¹.

Em princípio, não há uma dicotomia absoluta entre a moral jurídica e a moral comum, sendo plenamente factível a presença de áreas de tangenciamento entre ambas. Assim, poder-se-ia dizer que, em certos aspectos, a moralidade administrativa se confunde com a moral comum, do que se depreende que esta pode, de alguma forma, influenciar a expressão daquela⁸².

Por esta razão entende-se que a probidade administrativa não possui fundamento apenas genericamente moral, mas em verdade é dotada de base jurídica figurando como princípio geral de direito. Enquanto a moral comum é orientada por uma distinção puramente ética (entre o bem e o mal), a moral

⁸¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 270027, da SEGUNDA TURMA, Brasília, DF, 03 de dezembro de 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

⁸² GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 74.

administrativa é regida por uma diferença prática entre a boa e a má administração, constatadas com base no atendimento ou não ao interesse público. Portanto, opostamente a improbidade figura como uma espécie qualificada de à imoralidade, uma materialização da desonestidade de conduta ou corrupção⁸³.

Existem diferentes diplomas legais tipificando atos de improbidade, entretanto, os principais são a Lei de Improbidade (Lei 8.429/1992), o Estatuto das Cidades (Lei 10.257/2001), a Lei das Eleições (Lei 9.504/1997) e as Leis sobre Crimes de Responsabilidade (Lei 1.079/1950 e o Decreto-Lei 201/1967).

A Lei de Improbidade prevê em seus artigos 9º, 10 e 11 as condutas típicas de improbidade, em rol aberto, exemplificativo⁸⁴. E para que possa ser reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração, dentre outros, de existência do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos arts. 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do art. 10⁸⁵, não sendo cabível a responsabilização de forma objetiva.

De fato, para a configuração dos atos de improbidade ora em exame, exige-se o preenchimento dos seguintes requisitos: (a) conduta ilícita; (b) improbidade do ato, configurada pela tipicidade do comportamento, ajustado nos arts. 10 ou 11 da LIA; (c) elemento volitivo, consubstanciado no dolo específico de cometer a ilicitude e causar prejuízo ao Erário - admitindo-se, excepcionalmente, a modalidade culposa no art. 10; (d) dano efetivo ao ente estatal (art. 10 da LIA), sendo dispensado de comprovação, caso a conduta seja enquadrada no art. 11 da Lei mencionada, que exige tão somente ofensa aos princípios da Administração Pública⁸⁶.

Quanto ao elemento subjetivo, as figuras dos artigos 9º e 11 prevêem comportamentos dolosos, ou seja, para configuração do ato de improbidade exige-

⁸³ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Improbidade Administrativa e finanças públicas**. *Boletim de Direito Administrativo*, dez. 2000, p. 920.

⁸⁴ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 820.

⁸⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 533862, da SEGUNDA TURMA, Brasília, DF, 04 de dezembro de 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1325577, da PRIMEIRA TURMA, Brasília, DF, 17 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

se o dolo, vontade livre e consciente de realizar uma conduta proibida pelo ordenamento. Logo, nestes casos a violação ao ordenamento meramente culposa, sem dolo, é atípica e configura mera irregularidade administrativa, contudo, permitindo ainda assim que o ato seja invalidado pela administração pública ou pelo poder judiciário em razão da ilegalidade.

Já o art. 10 prevê comportamentos dolosos e culposos que causem efetiva lesão ao erário⁸⁷. Este dispositivo é explícito ao disciplinar a improbidade culposa, entretanto, não será qualquer lesão ao erário que configurará ato de improbidade, por conta da incidência dos princípios da razoabilidade (relação entre meios e fins) e proporcionalidade (ponderação entre valores em conflito).

Há de se observar o grau de culpa do agente investigado e a extensão do dano causado⁸⁸.

Em situações de culpa grave ou média há sim configuração de improbidade. Porém, em casos de culpa leve o fato será atípico, exatamente para que não seja banalizada a utilização da ação civil de improbidade, bem como para que meros atos de ínfima significância não acarretem sancionamento excessivo sobre o agente público, como uma questão de justiça⁸⁹. Nestes moldes a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do art. 10⁹⁰.

Além da vontade do agente, é possível apontar quatro elementos para a configuração do enriquecimento ilícito caracterizador de improbidade administrativa: a) que o agente enriqueça; b) que o sujeito ativo do ato ímprobo seja ocupante de cargo, mandato, emprego e função pública, ou, no caso de particular, que seja concorrente com o ato lesivo ou dele venha a se beneficiar; c) que não haja justa

⁸⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 560613, da SEGUNDA TURMA, Brasília, DF, 09 de dezembro de 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

⁸⁸ FERRARESI, Enrico. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Método: 2011, p. 94.

⁸⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1271679, da SEGUNDA TURMA, Brasília, DF, 05 de maio de 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

⁹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação de Improbidade Administrativa n. 30, da CORTE ESPECIAL, Brasília, DF, 28 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

causa para a prática do ato, devendo tratar-se de vantagem indevida, desassociada dos subsídios e vencimentos percebidos pelo agente; d) que haja uma relação de causalidade entre a vantagem indevida e o exercício do cargo, mandato, emprego ou função na Administração Pública⁹¹.

Com relação ao conteúdo típico, o art. 9º desta norma trata dos casos dolosos de enriquecimento ilícito, tendo como sanções decorrentes a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio do condenado, o ressarcimento integral do dano causado ao erário, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 8 a 10 anos, o pagamento de multa civil de até 3 vezes o valor do acréscimo patrimonial e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 10 anos.

Em geral, os casos de enriquecimento sem causa referem-se às condutas de aceitar, receber ou utilizar indevidamente, em proveito próprio ou de terceiro, bens ou rendas públicas, auferindo qualquer tipo de vantagem patrimonial ilícita em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade.

Ademais, é certo que os atos de improbidade típicos com relação ao enriquecimento ilícito (art. 9º) em regra sujeitarão o agente a todas as sanções previstas no art. 12, I, pois referidos atos sempre serão dolosos e dissociados do interesse público, ocupando o mais alto degrau da escala de reprovabilidade e, *ipso facto*, tornando possível que maiores restrições sejam impostas aos direitos fundamentais do agente⁹².

O art. 10 trata dos casos dolosos e culposos de lesão ao erário, decorrentes de ação ou omissão, tendo como sanções cominadas o ressarcimento integral do dano, a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos de 5 a 8 anos, o pagamento de multa civil de até 2 vezes o valor do dano e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos

⁹¹ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 239.

⁹² Idem, p. 538.

fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 5 anos.

A expressão “erário” refere-se ao acervo econômico-financeiro do poder público. Já a expressão “patrimônio público” é mais abrangente, visto que engloba tanto bens e direitos econômicos (erário), quanto bens e direitos não econômicos⁹³.

A lesão ao erário é a redução efetiva aos cofres ou patrimônio público material, independente da obtenção de vantagem pelo agente público. Cite-se, por exemplo, o caso de um agente público que deixa de arrecadar tributos, sua conduta ao mesmo tempo configura crime contra a ordem tributaria e ato de improbidade por lesão ao erário.

Em geral os casos de lesão ao erário referem-se à conduta indevida de facilitação, utilização, desvio, apropriação, malbaratamento (desperdício), fraudar ou dispensar licitação, dilapidação, em prejuízo dos bens ou haveres (verbas e receitas) públicos, ocasionando perda patrimonial.

O STJ já firmou entendimento de que nos atos de improbidade administrativa que causem lesão ao erário, a responsabilidade entre ímprobos é solidária, o que poderá ser reavaliado por ocasião da instrução final ou ainda em fase de liquidação, não havendo violação ao princípio da individualização da pena⁹⁴.

A configuração dos atos de improbidade administrativa previstos no art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa, à luz da atual jurisprudência do STJ, exige a presença do efetivo dano ao erário (critério objetivo) e, ao menos, culpa, o mesmo não ocorrendo com os tipos previstos nos arts. 9º e 11 da mesma Lei (enriquecimento ilícito e atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública), os quais se prendem ao elemento volitivo do agente (critério subjetivo), exigindo-se o dolo⁹⁵.

⁹³ FERRARESI, Enrico. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Método: 2011, p. 93.

⁹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1407862, da SEGUNDA TURMA, Brasília, DF, 18 de dezembro de 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 19 dez. 2014.

⁹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 560613, da SEGUNDA TURMA, Brasília, DF, 09 de dezembro de 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

Por último, o art. 11 cuida dos casos dolosos de violação a princípios da administração pública, realizada através de qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade (moralidade, ética e boa-fé), imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, desde que regra não gere lesão ao patrimônio público ou enriquecimento sem causa.

Esta é uma figura típica subsidiária, visto que só terá aplicação caso o ato praticado não gere lesão ao erário e nem enriquecimento ilícito⁹⁶. E quanto a este ponto a jurisprudência deste Superior Tribunal, firme no sentido de que o ilícito de que trata o art. 11 da Lei nº 8.429/92 dispensa a prova de prejuízo ao erário e de enriquecimento ilícito do agente⁹⁷.

O ato ímprobo de violação a princípios administrativos ocasiona como sanções consequentes o ressarcimento integral do dano (se houver), a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos de 3 a 5 anos, o pagamento de multa civil de até 100 vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 3 anos. Porém, observe-se que não há dentre as cominações acima a “perda de bens e valores”, como ocorre para os arts. 9º e 10.

Para a configuração desta forma de improbidade exige-se somente a prova do dolo genérico⁹⁸. Ou seja, o elemento subjetivo necessário à configuração de improbidade administrativa previsto pelo art. 11 da Lei 8.429/1992 é o dolo eventual ou genérico de realizar conduta que atente contra os princípios da Administração Pública, não se exigindo a presença de intenção específica, pois a atuação deliberada em desrespeito às normas legais, cujo desconhecimento é

⁹⁶ FERRARESI, Enrico. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Método: 2011, p. 120.

⁹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1091420, da SEGUNDA TURMA, Brasília, DF, 05 de novembro de 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

⁹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 533862, da SEGUNDA TURMA, Brasília, DF, 04 de dezembro de 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

inescusável, evidencia a presença do dolo⁹⁹. Mesmo em casos de má-fé e evidente a violação ao princípio da legalidade, nem sempre a Lei de Improbidade deverá ser aplicada. Isto, pois, nem todo tipo penal praticado contra a administração pública, invariavelmente, acarretaria ofensa à probidade administrativa¹⁰⁰.

Além das hipóteses supramencionadas, o art. 52 do Estatuto das Cidades (Lei 10.257/2001) prevê outros casos típicos de improbidade por violação à ordem urbanística, interesse metaindividual difuso, quando o Prefeito:

(i) deixar de proceder, no prazo de 5 anos, o adequado aproveitamento do imóvel incorporado ao patrimônio público;

(ii) utilizar áreas obtidas por meio do direito de preempção¹⁰¹ para finalidade diversa e em desacordo com o disposto no art. 26 desta Lei¹⁰²;

(iii) aplicar os recursos auferidos com a outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso em desacordo com o previsto no art. 31 desta Lei;

(iv) não aplicar os recursos auferidos com operações consorciadas exclusivamente nela própria (art. 33, §1º, desta Lei);

(v) impedir ou deixar de garantir no processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, os Poderes Legislativo e Executivo municipais: a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade; a publicidade quanto aos documentos e informações produzidos; ou o acesso de

⁹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 73968, da PRIMEIRA TURMA, Brasília, DF, 29 de outubro de 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

¹⁰⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1075882, da PRIMEIRA TURMA, Brasília, DF, 12 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

¹⁰¹ O direito de preempção confere ao Poder Público municipal preferência para aquisição de imóvel urbano objeto de alienação onerosa entre particulares (art. 25 do Estatuto das Cidades).

¹⁰² Conforme o art. 26 do Estatuto das Cidades o direito de preempção será exercido sempre que o Poder Público necessitar de áreas para: I – regularização fundiária; II – execução de programas e projetos habitacionais de interesse social; III – constituição de reserva fundiária; IV – ordenamento e direcionamento da expansão urbana; V – implantação de equipamentos urbanos e comunitários; VI – criação de espaços públicos de lazer e áreas verdes; VII – criação de unidades de conservação ou proteção de outras áreas de interesse ambiental; VIII – proteção de áreas de interesse histórico, cultural ou paisagístico.

qualquer interessado aos documentos e informações produzidos (art. 40, §4º, desta Lei);

(vi) deixar de tomar as providências necessárias para a revisão da lei que instituir o plano diretor, pelo menos, a cada dez anos (art. 40, §3º, desta Lei);

(vii) deixar de tomar as providências necessárias quanto aos municípios enquadrados na obrigação de aprovação de plano diretor até 30 de junho de 2008 (art. 50 desta Lei); ou

(viii) adquirir imóvel objeto de direito de preempção, nos termos dos arts. 25 a 27 desta Lei, pelo valor da proposta apresentada, se este for, comprovadamente, superior ao de mercado.

Do mesmo modo o recentíssimo art. 21 do Estatuto das Metrôpoles (Lei 13.089, de 12 de janeiro de 2015) prevê que incorre em improbidade administrativa, nos termos da Lei de Improbidade (Lei 8.429/1992):

(i) o governador ou agente público que atue na estrutura de governança interfederativa que deixar de tomar as providências necessárias para (a) garantir o cumprimento do disposto no *caput* do art. 10 desta Lei, no prazo de 3 (três) anos da instituição da região metropolitana ou da aglomeração urbana mediante lei complementar estadual; (b) elaborar e aprovar, no prazo de 3 (três) anos, o plano de desenvolvimento urbano integrado das regiões metropolitanas ou das aglomerações urbanas instituídas até a data de entrada em vigor desta Lei mediante lei complementar estadual; ou

(ii) o prefeito que deixar de tomar as providências necessárias para garantir a compatibilização de seu plano diretor com o plano de desenvolvimento urbano integrado da unidade territorial urbana nas regiões metropolitanas e nas aglomerações urbanas instituídas mediante lei complementar estadual, no prazo de 3 anos contados da aprovação do plano de desenvolvimento integrado mediante lei estadual.

Inclusive, a Lei 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação), disciplina que a negativa de acesso às informações indevida ou não fundamentada sujeita o infrator responsável a medidas disciplinares, podendo responder, também, por improbidade

administrativa (art. 32, §2º). Deste modo, nos termos de seu art. 32, caput, são condutas ilícitas que ensejam responsabilidade do agente público ou do militar que:

a) nos termos desta Lei recusar-se a fornecer informação requerida, retardar deliberadamente o seu fornecimento ou fornecê-la intencionalmente de forma incorreta, incompleta ou imprecisa;

b) utilizar indevidamente, subtrair, destruir, inutilizar, desfigurar, alterar ou ocultar, total ou parcialmente, informação que se encontre sob sua guarda ou a que tenha acesso ou conhecimento em razão do exercício das atribuições de cargo, emprego ou função pública;

c) agir com dolo ou má-fé na análise de solicitações de acesso à informação;

d) divulgar ou permitir a divulgação ou acessar ou permitir acesso indevido a informação sigilosa ou pessoal;

e) impor sigilo a informação para obter proveito pessoal ou de terceiro, ou para fins de ocultação de ato ilegal seu ou de outrem;

f) ocultar da revisão de autoridade superior competente informação sigilosa para beneficiar a si ou a outrem, ou em prejuízo de terceiros; ou

g) destruir ou subtrair, por qualquer meio, documentos concernentes a possíveis violações a direitos humanos por parte de agentes do Estado.

Paralelamente, o art. 73, §7º, da Lei 9.504/1997, disciplina que as condutas enumeradas em seu *caput* caracterizam atos de improbidade por violação a princípios, nos moldes do art. 11, I, da Lei de Improbidade, e sujeitam-se às disposições daquele diploma legal, em especial às cominações do art. 12, inciso III, tendo em vista tratar-se de condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais, como, por exemplo, ceder ou usar, em benefício de candidato, partido político ou coligação, bens móveis ou imóveis pertencentes à administração direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, ressalvada a realização de convenção partidária; ou fazer ou permitir uso promocional em favor de candidato,

partido político ou coligação, de distribuição gratuita de bens e serviços de caráter social custeados ou subvencionados pelo Poder Público.

Por sua vez, seguindo a diretriz do art. 85, V, da CF combinado com a Lei 1.079/1950, os atos do Presidente da República caracterizados como improbidade administrativa, configuram também crime de responsabilidade, podendo chegar a ocasionar inclusive seu *impeachment*. Da mesma forma existem crimes de responsabilidade que se configuram pela violação à probidade administrativa (art. 9º da Lei 1.079/1950). Com relação a este ponto é importante abrir-se um espaço para a diferenciação entre os institutos.

3.4 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA FACE AOS CRIMES DE RESPONSABILIDADE

Improbidade administrativa é uma forma de imoralidade qualificada pela aplicação de uma sanção. É um ato ilícito perante ordenamento jurídico, praticado por agente público ou terceiro, em desfavor da Fazenda Pública, ocasionando enriquecimento ilícito, lesão ao erário ou violação em sentido estrito a princípios que regem a administração pública.

A Lei de Improbidade descreve tipos abertos, diferentes dos tipos fechados criminais, de forma que nada impede ao juiz condenar alguém por conduta não descrita especificamente na LIA, bem como comina sanções civis e administrativas, com natureza jurídica cível (não criminal).

Por sua vez, crime de responsabilidade é uma conduta ilícita, cujas sanções possuem natureza política (não criminal, apesar da nomenclatura equívoca).

A Lei de Crimes de Responsabilidade descreve tipos abertos e como sanções a pena de perda do cargo, com inabilitação, até 5 anos, para o exercício de qualquer função pública.

Entendia-se que a Lei 1.079/1950 tinha especialidade sobre a Lei de Improbidade, considerando-se a preponderância de aplicação no conflito aparente de normas, nos casos em que o agente praticava fato previsto concomitantemente em ambas as leis. Ou seja, aplicava-se só a lei de crimes de responsabilidade. Neste sentido estavam posicionadas as decisões do STF e STJ¹⁰³:

Os agentes políticos submetidos ao regime especial de responsabilização da Lei 1.079/1950 não podem ser processados concomitantemente por crimes de responsabilidade e pela Lei de Improbidade Administrativa, sob pena da usurpação da competência do STF e principalmente pelo fato de que ambos os diplomas, Leis ns. 8.429/1992 e 1.079/1950, prevêem sanções de ordem política, caso que haveria possibilidade de *bis in idem* se houvesse dupla punição política por um ato tipificado nas duas leis em foco, conforme a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, como a Lei 1.079/1950 só se aplica exclusivamente às autoridades ali relacionadas e passou sim a ser aplicada concomitantemente à Lei de improbidade àquelas autoridades a partir de importante alteração (leia-se correção) do posicionamento jurisprudencial¹⁰⁴.

Um exemplo concreto atualíssimo, público e notório, amplamente divulgado na mídia, no qual tal confronto aparente de normas será abordado é a suposta corrupção realizada envolvendo o desvio de bilhões de reais da empresa pública Petrobrás, agentes públicos e integrantes do Partido dos Trabalhadores, inclusive o ex-presidente Lula e a atual presidente Dilma.

Há acusações de: recebimento de propinas individuais por vários envolvidos, na ordem de 3% sobre cada contrato federal firmado¹⁰⁵, bem como o

¹⁰³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial n. 1126079, da PRIMEIRA TURMA, Brasília, DF, 02 de junho de 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

¹⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 2.138, do Pleno, Brasília, DF, 26 de setembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 14 abr. 2008.

¹⁰⁵ BRASIL. Jornal Estadão. Ex-diretor da Petrobrás diz que 3% do valor dos contratos 'eram para atender ao PT'. 09 de outubro de 2014. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/ex-diretor-da-petrobras-diz-que-empreiteiras-formaram-cartel-na-estatal/>>. Acesso em: 05 fev 2015.

recebimento ilícito de 200 milhões de reais pelo referido partido para o pagamento da campanha presidencial de 2014¹⁰⁶, ambos configurando enriquecimento ilícito (art. 9º da Lei de Improbidade) e violação a princípios (art. 11 da Lei de Improbidade); do tradicional superfaturamento de obras e contratos, configurando lesão ao erário (art. 10 da Lei de Improbidade); dentre várias outras acusações que, se comprovadas efetivamente, poderão levar ao impeachment (art. 85, V, da CF), conforme Ives Gandra Martins¹⁰⁷. Isto, pois, é crime de responsabilidade o ato do Presidente da República que atente contra a Constituição Federal, e, especialmente, contra: a segurança interna do país e a probidade na administração (arts. 4º, IV e V, 8º e 9º, da Lei 1.079/1950).

Logo, no âmbito federal, podem ser julgados por crime de responsabilidade perante o Senado (Lei 1.079/1950 e art. 85 da CF): o Presidente da República, os Ministros federais, os Ministros do STF e o Procurador-Geral da República. Entretanto, o Vice-Presidente da República, por ausência de previsão legal, não fica sujeito às disposições da referida lei, podendo ser réu somente em ação de improbidade.

No âmbito estadual, podem ser julgados por crime de responsabilidade perante a Assembléia Legislativa respectiva (Lei 1.079/1950 e art. 48 da Constituição do Estado de São Paulo): o Governador e os Secretários Estaduais, valendo quanto ao Vice-Governador a mesma observação supra.

E no âmbito municipal, podem ser julgados por juiz togado (Decreto-Lei 201/1967): o Prefeito, o Vice-Prefeito e os Vereadores. Entretanto, os Secretários municipais somente poderão ser réus em ação de improbidade por ausência de previsão legal.

¹⁰⁶ BRASIL. Revista VEJA. O PT desviou meio bilhão de reais dos cofres da Petrobras ao longo de dez anos. O dinheiro foi usado, entre outras coisas, para financiar as campanhas eleitorais do partido de 2010 e 2014. 07 de fevereiro de 2015. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/o-homem-da-mochila>>. Acesso em: 07 fev 2015. BRASIL. Jornal Folha de São Paulo. PT recebeu até R\$ 200 milhões em propina da Petrobras, estima delator. 05 de fevereiro de 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/02/1585560-pt-recebeu-ate-us-200-milhoes-em-propina-da-petrobras-estima-delator.shtml>>. Acesso em: 05 fev 2015.

¹⁰⁷ BRASIL. Site Folha Política. *Renomado jurista dá parecer favorável ao impeachment de Dilma por improbidade administrativa*. 05 de fevereiro de 2015. Disponível em: <<http://www.folhapolitica.org/2015/02/renomado-jurista-da-parecer-favoravel.html>>. Acesso em: 05 fev 2015.

Com relação aos prefeitos, estes podem sim ser processados por seus atos com base na Lei 8.429/1992, eis que não se enquadram entre as autoridades submetidas à Lei 1.079/1950. O precedente do Supremo Tribunal Federal - Rcl 2.138/RJ - reforça a tese sobre o cabimento da ação de improbidade em face de agente político de qualquer esfera dos Poderes da União, Estados e Municípios, ressalvando-se apenas as hipóteses em que houver demanda ajuizada contra Ministros de Estado. Assim, os autos devem retornar ao Tribunal *a quo* para que seja processada a ação civil de improbidade administrativa. A jurisprudência desta Corte Superior é assente no sentido de que não há óbices para a aplicação concomitante do Decreto-Lei 201/67 e Lei 8.429/1992, pois, o primeiro impõe a prefeito e vereadores um julgamento político, enquanto a segunda submete-os ao julgamento pela via judicial, pela prática do mesmo fato¹⁰⁸.

Neste sentido a Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992) aplica-se concomitantemente sim a prefeitos, secretários, vereadores e demais agentes municipais, principalmente porque a Lei de Crimes de Responsabilidade (1.079/1950) somente abrange as autoridades elencadas em seu art. 2º, quais sejam: o Presidente da República, os Ministros de Estado, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e o Procurador-Geral da República¹⁰⁹. Inclusive, destaque-se que não há qualquer antinomia entre o Decreto-Lei 201/1967 e a Lei 8.429/1992, pois a primeira impõe ao prefeito e vereadores um julgamento político por crimes de responsabilidade, enquanto a segunda submete-os ao julgamento cível pela via judicial por atos de improbidade, pela prática do mesmo fato. Assim, não há falar em ocorrência de *bis in idem* e, por consequência, em ilegitimidade passiva para responder pela prática de atos de improbidade administrativa¹¹⁰.

Todos os demais agentes públicos, inclusive magistrados e membros do Ministério Público, ficam sujeitos somente à Lei de improbidade, porque não existe lei ainda tipificando-lhes os crimes de responsabilidade, apesar de constarem

¹⁰⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial n. 1243779, da PRIMEIRA TURMA, Brasília, DF, 30 de junho de 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

¹⁰⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 149487, da SEGUNDA TURMA, Brasília, DF, 29 de junho de 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

¹¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1196581, da PRIMEIRA TURMA, Brasília, DF, 02 de fevereiro de 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

previsões na CF e em algumas Constituições estaduais acerca da competência de julgamento para tais ilícitos. Logo, a jurisprudência firmada pela Corte Especial do STJ é no sentido de que, excetuada a hipótese de atos de improbidade praticados pelo Presidente da República (art. 85, V, CF), cujo julgamento se dá em regime especial pelo Senado Federal (art. 86), 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 art. 37, §4º, CF, sendo incompatível com a Constituição eventual preceito normativo infraconstitucional que impusesse imunidade dessa natureza¹¹¹.

Uma vez identificados quais são os bens jurídicos e os tipos legais passíveis, há de adentrar-se especificamente no âmbito das formas instrumentais de tutela da probidade administrativa.

3.5 DOS INSTRUMENTOS DE DEFESA DA PROBIDADE ADMINISTRATIVA

Em regra, não é uma empreitada fácil a comprovação de atos de improbidade administrativa, qualquer que seja a modalidade.

O ordenamento jurídico prevê nos três âmbitos (legislativo, administrativo e judicial) uma série de mecanismos destinados a prevenir e reprimir a prática de atos de improbidade.

O controle preventivo tem por finalidade precípua antecipar a tutela jurídica e evitar a ocorrência de atos de improbidade. E para que tal controle seja efetivado destacam-se alguns instrumentos jurídicos.

¹¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação de Improbidade Administrativa n. 30, da CORTE ESPECIAL, Brasília, DF, 28 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

No âmbito legislativo e regulamentar constam diversas normas que disciplinam e direcionam os caminhos éticos para uma correta atuação dos agentes públicos, como, por exemplo, os diversos estatutos funcionais (Lei Orgânica da Magistratura Nacional - LC 35/1979; Estatuto do Ministério Público da União - LC 75/1993; Lei Orgânica Nacional do Ministério Público - Lei 8.625/1993; Estatuto dos Servidores da União - Lei 8.112/1990; Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado de São Paulo - Lei estadual 10.261/1968; etc), bem como tipificam as condutas consideradas como lesivas à moralidade administrativa, cominando as sanções e consequências decorrentes para cada espécie de improbidade, conforme já abordado neste capítulo.

Complementarmente, alguns destes diplomas acima referidos trazem também dentre suas previsões o instituto da “quarentena”, ou seja, estabelecem certas limitações ou impedimentos para o exercício profissional de autoridades após a extinção do vínculo funcional com o Estado, evitando que se beneficiem de informações ou conhecimentos privilegiados que obtiveram em razão do exercício laboral público, como, por exemplo, art. 95, parágrafo único, V, da CF; art. 128, §6º, da CF; art. 8º da Lei 9.986/2000; etc.

No mais, há uma inovação importante quanto a forma de atuação preventiva, trata-se da implementação de ouvidorias institucionais (*ombudsman*) nos entes e entidades públicas. Estes são órgãos aptos a receber denúncias, sugestões e até críticas¹¹².

Devem também ser destacadas as instituições de maior expressão atuante e relevância, o Ministério Público e os Tribunais de Contas, dotados de independência e autonomia funcionais respectivamente, para realizarem suas atribuições precípuas.

Ao *Parquet* compete a fiscalização preventiva do interesse público ao realiza suas atividades de investigação, formalizadas por meio de procedimentos preparatórios ao inquérito civil público (art. 23 do Ato Normativo n. 484/2006 do Colégio de Procuradores de Justiça do MP-SP), os próprios inquéritos civis públicos

¹¹² NEVES, Daniel Assunção Amorim; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de Improbidade Administrativa**. São Paulo: Método: 2012, p. 26.

(art. 129, III, da CF c/c art. 8º, §1º, da LACP), bem como a celebração de termos de ajustamento de conduta (art. 5º, §6º, da LACP).

Já aos Tribunais de Contas¹¹³, como “órgãos auxiliares” do Poder Legislativo, incumbe-se a função de exigir a prestação de contas e fiscalizar a regularidade de todos os atos e contratos celebrados pelo poder público.

Além destas duas instituições, as casas legislativas e as polícias também realizam importantes atividades de investigação, por meio das Comissões Parlamentares de Inquérito (art. 58 §3º, da CF) e inquéritos policiais (art. 5º do CPP) respectivamente, sempre que os atos de improbidade coincidam com seus objetos inquisitoriais.

Por fim, em razão dos princípios constitucionais, a probidade administrativa encontra-se como um padrão de conduta a ser observado pela própria Administração e seus agentes. Logo, o exercício do controle interno¹¹⁴ da administração pública (direta ou indireta) em relação a eventual ato de improbidade é uma decorrência lógica do poder-dever disciplinar, emanado do hierárquico¹¹⁵, devendo ser empregado, sob a ótica do poder disciplinar¹¹⁶, não só para punição do agente por fato considerado como “falta disciplinar”, mas também para formar arcabouço probatório destinado a embasar futura ação civil de improbidade.

Em outra vertente, o controle preventivo se destina a apurar e sancionar a prática de todos os atos de improbidade nos três poderes da República.

No Poder Executivo a própria administração pode *ex officio* apurar e aplicar as sanções a seus servidores, por meio de processos administrativos disciplinares e sindicâncias, conforme as disposições de cada estatuto funcional.

¹¹³ O Tribunal de Contas da União tem previsão constitucional (arts. 71 a 73) e é regulamentado por sua Lei Orgânica (Lei 8.443/1992). Do mesmo modo possuem previsão Constitucional os Tribunais de Contas estaduais e municipais (art. 75), sendo regidos por suas respectivas leis orgânicas, como, por exemplo, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, regulamentado por sua Lei Orgânica (LC estadual 709/1993).

¹¹⁴ A investigação administrativa destinada a apurar atos de improbidade pode ser instaurada *ex officio* pelo órgão competente da instituição possivelmente vitimada, a requerimento de qualquer pessoa ou mesmo por requisição do Ministério Público.

¹¹⁵ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 19ª ed., São Paulo: Método, 2011, p. 220.

¹¹⁶ Idem, p. 223.

No Poder Legislativo, cada casa assemblear, bem como seu respectivo Tribunal de Contas, podem aplicar as sanções disciplinares aos casos de improbidade, como, por exemplo, o Senado ao julgar o Presidente da República por crime de responsabilidade (art. 52, I, da CF).

Já no Poder Judiciário, em seu âmbito administrativo cada Tribunal pode aplicar as sanções disciplinares aos casos de improbidade praticados por seus servidores ou membros integrantes, observadas as eventuais regras de competência originária. Entretanto, a atuação mais marcante e importante deste poder em relação ao controle repressivo contra a improbidade ocorre por meio de sua função jurisdicional, por meio do julgamento das ações de improbidade, ações civis públicas de ressarcimento ao erário e ações populares, ressaltando-se que as sanções propriamente ditas previstas no art. 12 da Lei 8.429/1992 somente podem ser aplicadas pelo Judiciário no julgamento das Ações de Improbidade.

Porém, considerando a morosidade judiciária, não seria mais salutar e efetivo permitir-se que os juizes aplicassem *ex officio* algumas destas sanções também em sentenças condenatórias de outras ações? Esta é uma importante questão ainda a ser pesquisada pela doutrina pátria.

Por fim, a todo cidadão e a qualquer instituição, inclusive à OAB, às forças policiais e militares, e Defensoria Pública, é facultada a possibilidade de ter acesso e fiscalizar os atos estatais, desde que não revestidos de sigilo, amparados inclusive pela Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011). E caso haja fundada suspeita, ou surja qualquer irregularidade, há assegurado o direito de representação ao ente ou entidade envolvida e ao Ministério Público para que tomem as providências necessárias à apuração e aplicação das medidas cabíveis.

A partir destas concepções torna-se possível compreender a verdadeira relevância e dentro de qual contexto situa-se a temática do presente estudo.

Uma vez identificados quais são os bens jurídicos, as condutas típicas e as formas de tutela, há de adentrar-se especificamente no âmbito dos principais instrumentos de tutela da probidade administrativa utilizados pelo *Parquet*.

4. A DEFESA COLETIVA DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Dentre todas as instituições nacionais, notadamente nos últimos anos, a mais atuante e efetiva no combate à improbidade vem sendo o Ministério Público.

4.1 DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO INSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA

Em sua concepção histórica, o Ministério Público surge sempre como reflexo do regime político adotado (democrático ou autoritário)¹¹⁷.

Nos regimes democráticos a existência do MP é essencial e indispensável, na medida em que a instituição incumbe a defesa dos legítimos e mais caros interesses da coletividade.

Por sua vez, em regra, durante os regimes totalitários o *Parquet* inexistente, ou existe somente de forma figurativa, desprovido de autonomia e independência, garantias essenciais para a defesa do cidadão frente ao arbítrio estatal.

Desde 1988 o Ministério Público é considerado como uma instituição pública, autônoma, permanente, essencial à Justiça, una, indivisível e dotada de independência funcional, com atribuição de defender a ordem jurídica, o regime democrático, o interesse público primário, os interesses sociais, metaindividuais e individuais indisponíveis de pessoas vulneráveis (art. 127 da CF c/c art. 3º da Lei 8.625/1993).

¹¹⁷ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 921-927.

Para a compreensão do texto normativo constitucional e sua relevância frente à cidadania há de ser feita uma exegese acerca dos principais termos previstos¹¹⁸, conforme a visão derivada a partir da concepção do nobre professor Clever Rodolfo Carvalho Vasconcelos.

O *Parquet* como instituição pública encontra-se sujeito às normas próprias do direito público.

Trata-se de uma instituição autônoma, tendo em vista que em sua atuação funcional final não se sujeita a nenhuma outra instituição, órgão ou autoridade, devendo obediência somente à legalidade *lato sensu* (art. 127, §2º, da CF)¹¹⁹.

A expressão “instituição permanente” determina que o MP é uma instituição perene, não podendo ser extinto, dissolvido e nem suspenso temporariamente enquanto vigente o atual sistema constitucional.

O MP é instituição inerente ao regime democrático, logo não há como se sustentar uma ordem jurídica democrática sem a existência da referida instituição, tanto o é que no texto da Carta Magna atual somente duas instituições constam como “permanentes”, o Ministério Público (art. 127) e as Forças Armadas (art. 142).

Em uma análise sistemática do texto constitucional observa-se que o MP figura como instrumento garantista de defesa e concretização de direitos fundamentais, logo, qualquer emenda constitucional que vise enfraquece-lo, reduzir suas atribuições ou extingui-lo será considerada como uma proposta tendente a reduzir ou abolir a proteção a direitos fundamentais, sendo, portanto inconstitucional.

A expressão “essencial à função jurisdicional” refere-se ao poder de provocação ao judiciário no exercício e defesa de suas atribuições, visto que o judiciário é regido pelo princípio da inércia de jurisdição, só podendo atuar se provocado.

¹¹⁸ VASCONCELOS, Clever Rodolfo Carvalho. **Ministério Público na Constituição Federal – Doutrina esquematizada e Jurisprudência – Comentários aos artigos 127 a 130 da Constituição Federal**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 23-44.

¹¹⁹ Neste ponto cabe ser feita uma importante diferenciação. A independência funcional (art. 127, §1º, CF) refere-se a um princípio institucional, porém pertencente a cada indivíduo membro do *Parquet* para a liberdade de convencimento no exercício de sua atuação funcional. Já a autonomia funcional (art. 127, §2º, CF) refere-se à capacidade de auto-organização do MP como instituição frente aos demais órgãos, poderes e instituições do Estado.

A expressão “incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica” refere-se à defesa da organização e disciplina da convivência pacífica, ordenada e produtiva em sociedade por meio da criação do Estado e do conjunto de normas vigentes (através do direito), tanto normas-regra quanto normas-princípio, conforme o atual neoconstitucionalismo.

Desta feita, o MP defende a ordem jurídica de duas formas: (i) como agente: oferecendo e promovendo as medidas administrativas e judiciais, cíveis e criminais; ou (ii) como interveniente: atuando como fiscal da lei, curador dos interesses de pessoas vulneráveis e demais casos que lhe sejam atribuídos.

A expressão “defesa do regime democrático” refere-se ao dever institucional de defender os valores fundamentais dos cidadãos concernentes aos direitos à **liberdade** (poder de escolha e realização), **igualdade** (isonomia), **fraternidade** (partilhamento e solidariedade), **dignidade** (tolerabilidade, de forma que o indivíduo não é um meio, mas sim um fim em si mesmo), **direitos sociais** (relacionados ao bem-comum, ao interesse geral da coletividade como um todo) e direitos de **participação política** na condução do Estado (direitos políticos e de partidos políticos).

Destaque-se que a dignidade da pessoa humana é um metaprincípio que irradia luzes sobre todo o ordenamento. Logo, a dignidade em sentido moral seria o direito de ter direitos, direitos estes que podem ser defendidos também pelo MP. Já a dignidade em sentido material referir-se-ia ao conceito de “mínimo existencial”, um piso mínimo vital de dignidade obtido por meio da concretização dos direitos sociais (art. 6º da CF), concretização esta que também pode ser buscada e tutelada pelo MP.

Por sua vez, a expressão “defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis” refere-se à tutela dos interesses afetos ao bem comum e às felicidades coletivas, à satisfação dos interesses gerais da sociedade, bem como à tutela dos interesses metaindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos), e também dos interesses individuais indisponíveis (indisponíveis por conta da natureza ou qualidade da parte interessada ou em razão da natureza da relação processual).

4.2 DA NATUREZA JURÍDICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A partir do texto constitucional, analisando-se a natureza jurídica do MP, observa-se que este é “uma das funções essenciais à justiça”.

Apesar de constar na Carta Política inserido no “Título IV sobre a Organização dos Poderes”, em concepção amplamente majoritária o MP não é um dos três poderes clássicos do Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário).

É, em verdade, uma das funções essenciais à justiça, com atuação extrapoder, estruturado como instituição autônoma, com atuação funcional independente, para tanto dotada de atribuições próprias e garantias especiais para a defesa dos legítimos interesses da coletividade, principalmente os indisponíveis e os de larga abrangência social¹²⁰.

4.3 DOS PRINCÍPIOS INSTITUCIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Com o objetivo de viabilizar sua essencial forma de atuação, a Constituição de 1988 trouxe expressa e implicitamente alguns princípios institucionais e atribuições, sendo pertinente o destaque dos mais relevantes.

Dentre os princípios institucionais (art. 127, §2º, da CF) a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional¹²¹.

¹²⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime Jurídico do Ministério Público**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 2.

¹²¹ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 936.

Referido princípio da unidade determina que cada MP é uma instituição, um órgão único, composto por seus agentes, com atribuições a serem exercidas dentro de seu ramo de atuação, não podendo ser fracionado.

Deste modo, no momento em que cada membro (promotor ou procurador) se manifesta judicial ou extrajudicialmente ele expressa e apresenta a vontade e posição da instituição a qual integra. Os membros atuam sempre em nome da instituição. Porém, no âmbito administrativo quem fala em nome da instituição e a representa é seu procurador geral, Procurador Geral da República ou Procurador Geral de Justiça.

Isso quer dizer que o Ministério Público é uma instituição constitucionalmente una, entretanto formada por 28 instituições diferentes, ou seja, o Ministério Público da União (art. 128, I)¹²², os 26 Ministérios Públicos estaduais (art. 128, II) e o Ministério Público Especial com atuação junto aos Tribunais de Contas Federal e estaduais (art. 130 c/c art. 73, §2º, I, ambos da CF).

O princípio indivisibilidade é uma decorrência do princípio da unidade, isto, pois, refere à estrutura de cada um dos diferentes Ministérios Públicos de forma tal que cada MP figura como instituição autônoma e com gestão própria, não podendo ser fracionada. Este mesmo princípio gera também outra consequência, por meio de sua incidência os membros da instituição podem sim ser substituídos uns pelos outros, em sua atuação funcional, dentro da mesma relação processual, desde que justificadamente e observado o princípio do promotor natural. Por exemplo, os promotores do MP-SP podem ser substituídos uns pelos outros dentro de seu âmbito de atuação estadual, como na condução de uma ação de improbidade.

O princípio da independência funcional trata diretamente do livre convencimento funcional de cada promotor ou procurador de justiça no exercício de sua atividade fim. A independência funcional diz que não existe hierarquia funcional entre os membros do MP, de forma que cada membro é livre para expressar suas convicções no exercício de suas atribuições constitucionais, sem subordinação hierárquica, não interferindo e não se vinculando ao entendimento dos demais membros da carreira, podendo inclusive adotar posição contrária à adotada por seu

¹²² O MPU é subdividido em outros 4 Ministérios Públicos: Ministério Público Federal; Ministério Público do Trabalho; Ministério Público Militar; e Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

antecessor em um mesmo processo, desde que não atente contra a legalidade *lato sensu*¹²³.

Por sua vez, o princípio do promotor natural, previsto implicitamente no sistema constitucional, é uma decorrência paralela ao princípio do juiz natural, que impede a criação de “tribunais de exceção” (art. 5º, LIII).

O princípio do promotor natural refere-se a quem irá conduzir o processo, enquanto o princípio do juiz natural refere-se a quem irá decidir o processo.

Portanto, trata-se de uma garantia fundamental do cidadão de que só será processado por membro do MP cuja atribuição esteja previamente designada, impedindo situações como a criação *post factum* de um “órgão de acusação de exceção”, o que, em tese, evitaria designações arbitrárias, com finalidade de beneficiar ou prejudicar qualquer réu¹²⁴.

Por conta do princípio do promotor natural nenhum membro do MP com atribuição para certo tipo de caso em abstrato poderá ser retirado arbitrariamente, para que outro membro do MP assumira aquele caso concreto. Porém, qualquer membro do MP pode sim requerer ao PGJ a designação de outros membros para atuarem com ele conjuntamente e em seu auxílio.

4.4 O ÂMBITO DE ATUAÇÃO DOS MINISTÉRIOS PÚBLICOS FEDERAL E ESTADUAL NA PROPOSITURA DA AÇÃO DE IMPROBIDADE

O Ministério Público é uma instituição constitucionalmente una, formada por 28 instituições diferentes.

¹²³ Esta é uma das mais importantes garantias do Estado Democrático de Direito, visto que o MP é função essencial à justiça, à defesa da Constituição e dos valores mais caros da coletividade.

¹²⁴ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 939.

São legitimados para a propositura de uma ação civil de improbidade os membros do Ministério Público estadual e os do Ministério Público Federal, a partir da previsão contida no art. 129, III, da CF/1988.

A busca de um legitimado ativo que represente os interesses do certo grupo em juízo de forma adequada é um dos aspectos de relevância na tutela jurisdicional coletiva¹²⁵.

A legitimação ativa para o oferecimento de ações civis públicas ou coletivas em defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos é concorrente e disjuntiva, pois cada um dos colegitimados pode livremente propor uma destas ações sozinho (sem necessidade de autorização dos demais) ou de modo litisconsorcial. É concorrente, visto que todos os colegitimados previstos no art. 5º da LACP, do art. 82 do CDC, etc, podem agir em defesa de interesses metaindividuais; e é disjuntiva, na medida em que cada autor pode propor a demanda sem precisar de autorização dos demais e não sendo obrigado a formar litisconsórcio¹²⁶.

Conforme a classificação tradicional da doutrina, no atual sistema processual civil pátrio existem duas espécies de legitimação: ordinária e extraordinária. Mas há uma corrente minoritária que prega a existência de uma terceira espécie, a legitimação processual autônoma.

O processo civil brasileiro tem a ação individual como centro base de todo o sistema, pois, em regra, somente o titular do direito pode pleitear seu cumprimento por via da ação judicial¹²⁷. Assim, por meio da legitimação ordinária o sujeito, como autor da demanda, tutela em nome próprio direito próprio, há coincidência entre o titular do direito objeto da relação jurídica material e o sujeito da relação jurídica processual¹²⁸.

¹²⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. Vol. IV. 4ª ed. Salvador: Juspodvm, 2009, p. 189.

¹²⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 22ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 51.

¹²⁷ DINAMARCO, Cândido. **A instrumentalidade do processo**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 46.

¹²⁸ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 7ª ed. São Paulo: RT, 2004, p.339.

Por sua vez, em caso de excepcional legitimação extraordinária, autor da demanda tutela em nome próprio direito alheio, na forma de substituição processual (art. 6º do CPC)¹²⁹. Exemplificando, para a tutela de um interesse difuso (como a probidade), o MP pode propor a ação de improbidade como um substituto processual, atuando em nome da coletividade, ao invés dos milhões de titulares comparecerem ao polo ativo da demanda.

Com relação à terceira espécie de legitimação, derivando-se a partir da doutrina alemã, o professor Nelson Nery defende que para a condução de ações coletivas que visem tutelar direitos difusos e coletivos haveria uma forma processual autônoma, uma espécie de legitimação objetiva na qual a legitimidade para a relação processual não dependeria da relação de direito material objeto da pretensão em tutela, cuja finalidade seria sustentar que não haveria nestes casos substituição processual. O motivo desta divergência diz respeito ao sistema adotado. Ocorre que no processo civil individual a sentença de procedência ou improcedência atinge e vincula o substituído, enquanto processo coletivo a sentença de procedência beneficia e vincula o substituído, mas a sentença de improcedência não pode atingir o substituído que não tenha sido parte da demanda, não prejudicando assim o direito material¹³⁰.

O atual sistema de tutela processual coletiva brasileiro recebeu fortes influências do sistema de *class actions* americano, modelo este originado a partir da *Rule 23*, cuja motivação é instrumentalizar a tutela judicial coletiva em favor de indivíduos ou grupos de indivíduos titulares de direitos em relações de massa, os quais ficariam sem proteção caso tivessem de se socorrer do sistema tradicional de demandas individuais, por ser esta muito onerosa ou de alta complexidade¹³¹.

Para que uma demanda possa ser processada na forma de uma *class action* deve-se preencher alguns requisitos exigidos pela *Rule 23* e outros exigidos pela jurisprudência. Ou seja, uma vez constatada a presença de todos os requisitos exigidos a ação coletiva recebe um juízo de certificação (*certification*), que é uma

¹²⁹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 7ª ed. São Paulo: RT, 2004, p.339.

¹³⁰ NERY JUNIOR, Nelson *apud* DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. Vol. IV. 4ª ed. Salvador: Juspodvm, 2009, p. 192.

¹³¹ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. Vol. IV. 4ª ed. Salvador: Juspodvm, 2009, p. 57.

decisão de admissão como ação coletiva. Contudo, caso a demanda americana não receba a referida certificação em razão da falta de algum dos requisitos, a ação pode ser recebida pelo julgador, mas será processada na forma de uma ação individual¹³².

É uma solução diferente da adotada no Brasil, visto que no sistema processual pátrio, caso a demanda não receba sua certificação de ação coletiva em razão da falta de algum dos requisitos, ao juiz caberá decidir pela sua extinção sem resolução de mérito.

Dando sequência, dentre os vários requisitos necessários à *certification* dois merecem destaque: (i) a representatividade adequada e (ii) a comunhão de questões de fato ou de direito entre os representados. Assim, é imprescindível, pois, para que a demanda seja ajuizada como *class action*, de forma legítima, que o autor, além de integrar a coletividade defendida, demonstre ter a capacidade de bem defender, em juízo, os interesses pertencentes à coletividade atingida¹³³.

E não basta que apenas se evidencie o pressuposto da representatividade adequada, quando do exame inicial sobre a certificação da demanda. É necessário ainda que a *adequacy of representation* esteja presente durante todo o trâmite da *class action*, incumbindo ao juiz, a todo tempo, verificar se o autor, *class suitor*, esta bem desempenhando a defesa dos interesses do grupo no processo¹³⁴.

Na hipótese de chegar à conclusão negativa, deve o juiz impedir que a demanda tenha sequência como uma ação de classe, uma *class action*.

Por sua vez, as ações coletivas brasileiras em regra somente podem ser propostas pelos legitimados arrolados taxativamente nas leis ou na constituição federal, a exemplo, das ações civis públicas ou mandados de segurança coletivo.

No sistema brasileiro constata-se a existência de uma legitimidade concorrente e disjuntiva. Legitimação concorrente, pois todos os legitimados podem buscar a tutela, de forma que um não exclui o outro. Legitimação disjuntiva, pois, o

¹³² MASSON, Cleber; ANDRADE, Adriano; ANDRADE, Landolfo. **Interesses Difusos e Coletivos**. São Paulo: Método, 2011, p. 45.

¹³³ *United States of America. Federal Rule of Civil Procedure*. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_23>. Acesso em: 01 ago. 2013.

¹³⁴ GIDI, Antônio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos. As ações coletivas em uma perspectiva comparada**. São Paulo: RT, 2007, p. 101-102. Cf, também, sobre o tema: TUCCI, José Rogério Cruz e. **Class actions e mandado de segurança coletivo**. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 21-22; e MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 78.

autor não depende de anuência dos demais para propor a demanda, por atuar com autonomia, de modo a eventualmente de formar-se um litisconsórcio facultativo.

No Brasil, entretanto, existem casos excepcionais, como a legitimidade ativa atribuída a qualquer cidadão para a propositura de ações populares, bem como a legitimidade ativa atribuída ao Ministério Público para impetrar mandado de segurança coletivo, com base em entendimentos jurisprudenciais¹³⁵.

Nota-se deste modo que tanto nas *class actions* quanto nas ações coletivas brasileiras há uma legitimidade extraordinária atribuída aos possíveis autores coletivos, que atuou em nome próprio na tutela de direito alheio, sem qualquer exigência de autorização formal e específica dos interessados que irão representar.

No que tange à representatividade adequada na tutela coletiva brasileira, a necessidade de que os portadores dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, na qualidade de legitimados para a ação coletiva, demonstrem capacidade de exercer com seriedade e eficiência a defesa dos direitos da coletividade que pretendem representar¹³⁶, está previamente definida em lei que presume que os entes taxativamente elencados pela legislação gozam de tal representatividade, ao contrário do que ocorre no sistema americano das *class actions*, o qual tal controle deve ser exercido pelo juiz.

É a lei brasileira, pois, que fixa de modo taxativo quem são os representantes adequados para postular a tutela jurisdicional dos direitos coletivos.

Por esse motivo é que se afirma que a atribuição da legitimidade coletiva, no Brasil, se faz *ope legis*¹³⁷, ao reverso, reitere-se, do que sucede nas *class actions*

¹³⁵ FONSECA, Bruno Gomes Borges da. *A legitimidade ativa do Ministério Público no mandado de segurança coletivo*. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3060, 17 nov. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20449>>. Acesso em: 11 jul. 2013.

¹³⁶ PASCHOAL, Maximillian Fierro. A representatividade adequada e a discussão quanto à possibilidade do seu controle judicial no Brasil. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). **As grandes transformações do processo civil brasileiro. Homenagem ao professor Kazuo Watanabe**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 885-886.

¹³⁷ O Projeto de Lei Flávio Bierrenbach, que se converteria, ao depois, na Lei 7.347/85, contemplava, em sua origem, a possibilidade de o juiz controlar, no caso concreto, a representatividade adequada dos organismos legitimados à propositura de ações civis públicas. O exame *in concreto* da *adequacy of representation*, entretanto, não prevaleceu na Lei 7.347/85. Segundo Ada Pelegrini Grinover: "O Projeto de Lei Flávio Bierrenbach, que resultou dos trabalhos de comissão constituída por Ada Pelegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe e Waldemar Mariz de Oliveira Júnior, havia escolhido a via do controle da representatividade adequada pelo juiz. No entanto, a Lei n. 7.447/85 (a chamada 'Lei da Ação Civil Pública') acolheu, nesse ponto, o substitutivo do Ministério Público paulista, preferindo a fórmula da legitimidade *ope legis* acima referida, sem referência expressa à adequação da representatividade" (Ada Pelegrini Grinover *apud* WATANABE, Kazuo.

do direito estadunidense no qual o critério de verificação da legitimidade ativa é feito *ope judicis*, ou seja, por obra do juiz, no caso concreto.

Logo, nota-se que o MP atua como substituto processual, dotado de legitimidade extraordinária (na forma do art. 6º do CPC) para a propositura de ações coletivas (dentre as quais está a ação de improbidade), a qual decorre de sua função constitucional que lhe atribui os deveres de defender a ordem jurídica, os interesses sociais, 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 coletivos¹³⁸.

A ação de improbidade, enquadrada no rol das ações coletivas, é o meio pelo qual busca o legitimado a tutela de um direito metaindividual que transcende a titularidade singular, já que pertencente a uma coletividade. Trata-se de proteção ao patrimônio público e à probidade administrativa, bens coletivos socialmente difundidos, de titularidade difusa, pertinentes a toda a comunidade. Sobre o tema, a Lei n. 8.429/1992 não se destina unicamente à proteção do erário, concebido este como o patrimônio econômico dos sujeitos passivos dos atos de improbidade, devendo alcançar, igualmente, o patrimônio público em sua acepção mais ampla. Acresça-se ainda que todos os membros da coletividade têm o direito de exigir dos administradores públicos que atuem com estrita observância ao princípio da juridicidade, o que pode ser considerado um direito transindividual indisponível, de natureza difusa. Portanto, a natureza da legitimidade do Ministério Público para sua propositura é extraordinária (tutelando direito alheio em nome próprio), concorrente (dois ou mais legitimados a podem propor) e disjuntiva (a legitimidade para agir de cada um independe de anuência dos demais)¹³⁹.

Seguindo está linha, há uma diferenciação relevante a ser feita.

Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 824).

¹³⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. **Intervenção do Ministério Público no processo civil: críticas e perspectivas.** São Paulo: RT. 2003, p. 160; MOREIRA, José Carlos Barbosa. Apontamentos para um estudo sistemático da legislação extraordinária. RT, Vol. 404, p. 10.

¹³⁹ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 179.

O Ministério Público Federal é uma instituição com atuação em todo o território nacional, cujas atribuições são extraídas a partir da competência da Justiça Federal fixada no art. 109 da CF/1988.

Já o Ministério Público estadual é uma instituição que só tem atribuição para atuar dentro do território do Estado-membro ao qual integra. É um órgão com atribuição subsidiária identificada por um processo de exclusão a partir das atribuições especiais destinados aos demais Ministérios Públicos.

Ambos são Ministérios Públicos, tutelam os mesmos bens jurídicos e servem à mesma Constituição Federal. Entretanto, diferem internamente com relação às suas estruturas internas administrativas e externamente quanto a seus âmbitos de competência.

Ao MPF compete a tutela de questões que afetem o interesse da coletividade envolvendo a União, sejam de direito público, metaindividuais ou individuais indisponíveis de pessoas vulneráveis com relevância social.

Por sua vez, ao Ministério Público estadual compete subsidiariamente a tutela de interesses da coletividade que não sejam atribuição do MPF.

Deste modo, os atos de improbidade que envolvam a União, alguma das entidades ou instituições arroladas no art. 109 da CF serão atribuição precípua do MPF.

Sobre os demais casos, subsidiariamente, a atribuição recairá sobre o MP estadual interessado, abrangendo fatos que envolvam o Estado-membro respectivo e os municípios que o integram.

Em certas situações é possível a celebração de convênios para a atuação conjunta entre os Ministérios Públicos Federal e Estadual, ou entre Ministérios Públicos estaduais, desde que o ato de improbidade os alcance concomitantemente. Entretanto, conforme corrente majoritária, ainda que haja convênio firmado, para a propositura da ação de improbidade, o MP estadual somente poderá litigar na justiça estadual e o MPF exclusivamente na federal.

Em que pese a existência de decisões divergentes¹⁴⁰, este é o entendimento do STJ¹⁴¹:

O Ministério Público Estadual não possui legitimidade para a propositura de ação civil pública objetivando a tutela de bem da União, porquanto é atribuição inserida no âmbito de competência do Ministério Público Federal, submetida ao crivo da Justiça Federal, coadjuvada pela impossibilidade de atuação do *Parquet* Estadual quer como parte, litisconsorciando-se com o *Parquet* Federal, quer como custos legis. Precedentes desta Corte: REsp 876.936/RJ, DJe 13/11/2008; REsp 440.002/SE, DJ 6/12/2004.

Portanto, pertinentes ao presente estudo apresentam-se as violações à probidade administrativa afetas ao *Parquet* estadual, como, por exemplo, os desvios de verbas públicas de prefeituras, o superfaturamento em obras públicas estaduais, a contratação irregular de pessoal em órgãos estaduais, a dispensa ilegal de licitação por entidade vinculada à esfera municipal, etc.

4.5 DA ATRIBUIÇÃO CONSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A TUTELA DA PROBIIDADE ADMINISTRATIVA

Para que o Ministério Público exerça adequadamente seu múnus nos moldes de seus princípios institucionais a Constituição Federal o revestiu com certas

¹⁴⁰ Nos termos do artigo 5º, § 5º, da Lei n. 7.347/1985: "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.". À luz do art. 128 da CF/88, o Ministério Público abrange: o Ministério Público da União, composto pelo Ministério Público Federal, o Ministério Público do Trabalho, o Ministério Público Militar e o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios; e os Ministérios Públicos dos Estados. Assim, o litisconsórcio ativo facultativo entre os ramos do MPU e os MPs dos Estados, em tese, é possível, sempre que as circunstâncias do caso recomendem, para a propositura de ações civis públicas que visem à responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e paisagístico, à ordem econômica e urbanística, bem como a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, inclusive de natureza trabalhista (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1444484, da PRIMEIRA TURMA, Brasília, DF, 29 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 dez. 2014).

¹⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 976896, da PRIMEIRA TURMA, Brasília, DF, 15 de outubro de 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

garantias, vedações e atribuições precípuas.

Assim, a Carta Política prevê em seu art. 129 um rol exemplificativo no qual se dispõe que são funções institucionais do Ministério Público:

- I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;
- II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;
- 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;
- IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;
- V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;
- VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;
- VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;
- VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;
- 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.

Ao presente estudo é pertinente a análise mais detida do inciso III deste art. 129¹⁴².

Em verdade, referido dispositivo deve ser lido com mais completude, em consonância ao previsto nos arts. 25 da Lei 8.625/1993 e 81 do Código de Defesa do Consumidor. Ou seja, dentre suas funções institucionais, incumbe ao *Parquet* promover o PPIC, ICP e a ACP, para a fiscalização, investigação, proteção e reparação:

(i) do patrimônio público e social, conformado por bens materiais e valores morais;

¹⁴² As funções institucionais do MP estão previstas no art. 129 da CF e são regulamentadas: (i) pela LC federal 75/1993 (art. 5º, Lei Orgânica do MPU); (ii) pela Lei 8.625/1993 (arts. 25 a 27, Lei Orgânica Nacional do MP); (iii) pela LC estadual de São Paulo n. 734/1993 (art. 103, Lei Orgânica Estadual do MP-SP); (iv) pela Resolução n. 23/2007 do CNMP; e (v) pelo Ato Normativo n. 484/2006 do Colégio de Procuradores de Justiça do MP-SP.

(ii) do meio ambiente e de outros interesses transindividuais (difusos, coletivos ou individuais homogêneos)¹⁴³; e

(iii) 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.

Conforme se depreende da abordagem supra existem diversos bens jurídicos sendo tutelados juridicamente pelo ordenamento, dentre os quais consta a probidade administrativa, uma espécie de moralidade administrativa qualificada pelo dolo ou culpa.

O principal objeto de tutela da ação civil de improbidade é a moralidade administrativa qualificada.

De forma particular ao tema do presente estudo, a moralidade administrativa atualmente é considerada como um interesse metaindividual difuso, nos moldes do art. 81, I, do CDC¹⁴⁴.

Isto, pois, são difusos os interesses que possuam cumulativamente objeto com natureza indivisível e seus titulares sejam pessoas indetermináveis, com afinidade decorrente de uma situação de fato em comum¹⁴⁵.

Mas qual o significado destas expressões?

Entende-se por “objeto indivisível” a lesão ou risco de lesão¹⁴⁶ a interesse que atinge a todos os seus titulares indistintamente, não sendo possível se determinar o quanto a violação afeta cada cidadão individualmente¹⁴⁷.

¹⁴³ São interesses metaindividuais o meio ambiente; bens e direitos de valor cultural, artístico, histórico, estético, turístico ou paisagístico; patrimônio público; urbanismo; moralidade administrativa; consumidor; proteção a menores de idade; pessoas com deficiência; idosos; investidores no mercado de valores mobiliários; minorias e grupos étnicos; etc (art. 1º da Lei 7.347/1985).

¹⁴⁴ NEVES, Daniel Assunção Amorim; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de Improbidade Administrativa**. São Paulo: Método, 2012, p. 128.

¹⁴⁵ Em sua redação literal, o art. 81, I, do CDC prevê que: interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, são os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.

¹⁴⁶ WATANABE, Kazuo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 804.

O grupo de titulares formado por “pessoas indetermináveis” refere-se a um interesse que pertence a todos indistintamente, não sendo possível se determinar e individualizar quem seria ou não titular, de forma tal que a lesão ou ameaça de lesão atinge a todos igualmente na coletividade¹⁴⁸.

Por fim, a afinidade entre tais titulares deve decorrer de uma “situação de fato em comum”, ou seja, todos os titulares estão ligados em decorrência de uma mesma situação fática que afeta o interesse de todos¹⁴⁹.

Conforme Sobrane, o princípio da probidade administrativa ostenta natureza difusa, já que compreende o conjunto de valores legais, morais e éticos que o ordenamento exige de todo e qualquer agente público, sendo de interesse de toda sociedade, cuja ofensa atinge a todos os cidadãos indeterminadamente e possui objeto incindível. Tais elementos são suficientes para classificar a probidade administrativa como interesse ou direito difuso que, se violado, deverá ser restabelecido por meio da declaração de invalidade do ato ímprobo praticado (se o caso) e da aplicação das sanções cominadas pela Lei de Improbidade Administrativa, incluída a reparação do dano ao erário, expressão econômica do patrimônio público que deve ser preservado em prol de toda a coletividade¹⁵⁰.

Assim, a demanda que veicula tais pretensões possui natureza coletiva, como afirmado majoritariamente pela doutrina, o que exsurge não só pela pretensão consubstanciada pela causa de pedir e pelo pedido, mas também pela natureza do próprio direito material. Essa constatação, por si só, leva à conclusão inarredável de que à ação de improbidade administrativa devem ser aplicadas as regras do microsistema do processo coletivo pátrio. Portanto, naquilo em que a Lei de Improbidade Administrativa não regulou em termos processuais ou procedimentais, incidem os comandos normativos do microsistema do processo coletivo e, apenas

¹⁴⁷ MASSON, Cleber; ANDRADE, Adriano; ANDRADE, Landolfo. **Interesses Difusos e Coletivos**. São Paulo: Método, 2011, p. 21.

¹⁴⁸ Idem, p. 23.

¹⁴⁹ Idem, p. 22.

¹⁵⁰ SOBRANE, Sérgio Turra. **Improbidade administrativa: aspectos materiais, dimensão difusa e coisa julgada**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 255.

subsidiariamente, incidirão as regras comuns do processo civil individual previstas no CPC¹⁵¹.

Deste modo, em razão da abrangência e relevância social do interesse supra o MP possui clara legitimidade constitucional para promover a tutela de todos os interesses difusos. E sendo a probidade administrativa um interesse metaindividual difuso, é por conseguinte passível de tutela concreta por meio dos instrumentos inerentes ao processo coletivo.

4.6 DOS INSTRUMENTOS DE TUTELA EXTRAJUDICIAL E JUDICIAL DA PROBIDADE ADMINISTRATIVA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

O *Parquet* é o principal legitimado constitucional para a defesa dos interesses metaindividuais e uma vez desvendada sua legitimidade abstrata para a proteção da probidade administrativa, torna-se então necessária uma abordagem mais detida acerca das formas e instrumentos por meio dos quais Ministério Público concretiza tal tutela.

A proteção à moralidade pode ser promovida pela referida instituição judicial ou extrajudicialmente.

No âmbito extrajudicial o Ministério Público pode valer-se de dois instrumentos legais inquisitoriais regulamentados: o procedimento preparatório ao inquérito civil público e o próprio inquérito civil público, ambos destinados a formalizar o procedimento de apuração da existência de lesão ou ameaça de lesão a um direito transindividual, coletando provas destinadas a certificar a inexistência do

¹⁵¹ SOBRANE, Sérgio Turra. **Improbidade administrativa: aspectos materiais, dimensão difusa e coisa julgada**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 255.

fato, a embasar a expedição de recomendações, a celebração de um termo de ajustamento de conduta ou a propositura de uma ação civil pública¹⁵².

O PPIC e o ICP são instrumentos facultativos, pois não figuram como condição procedibilidade à propositura de uma ação civil pública. Porém, tais instrumentos são funções institucionais e prerrogativas do MP, de forma tal que somente os membros desta instituição poderão instaurá-los, presidi-los e promover seus arquivamentos¹⁵³.

Ambos são instrumentos de investigação, exclusivos do mesmo legitimado, porém, possuem algumas importantes diferenças destacadas por Eurico Ferraresi¹⁵⁴.

O PPIC se destina a apurar a possibilidade de se instaurar futuramente um ICP em caso de “dúvida”; dúvida sobre a eventual existência de fato lesivo ou de possível ameaça de lesão a direito metaindividual; dúvida sobre a identidade de pessoa suspeita de ser responsável pela lesão ou ameaça de lesão a direito metaindividual; ou dúvida sobre a legitimidade, sobre qual seria o órgão do MP competente para apurar o fato, conforme sua atribuição funcional e competência para propor eventual futura ACP. Ou seja, diante da existência de uma suspeita, porém, sem que o promotor ou procurador tenha ainda elementos indiciários mínimos aptos a justificar a instauração de um inquérito. E as diligências de produção de provas não possuem caráter coercitivo, tendo natureza de mero requerimento.

Por sua vez, o ICP se destina a apurar fato certo e determinado, produzindo-se provas sobre a materialidade e autoria de uma lesão ou ameaça de lesão a direito metaindividual. Por esta razão, suas diligências de produção probatória possuem sim caráter coercitivo, gerando sanções em caso de descumprimento.

¹⁵² A formalização dos procedimentos de apuração tem total relevância, na medida em que somente desta forma é possível realizar-se um controle de legalidade acerca dos atos investigatórios praticados.

¹⁵³ Art. 129, III e VI, CF c/c art. 6º, VII, da LC 75/1993, arts. 8º e 9º da LACP e art. 1º da Resolução 23/2007 do CNMP.

¹⁵⁴ FERRARESI, Eurico. **Inquérito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 10-53.

Ao final da apuração inquisitorial, cabe ao membro do *Parquet* valorar se irá se manifestar pelo arquivamento, se oferecerá uma recomendação ou um termo de ajustamento de conduta, ou se possui elementos mínimos suficientes para propor uma ação civil pública (ou ação de improbidade), iniciando assim a etapa judicial da tutela metaindividual.

Ainda no âmbito extrajudicial, há outro instrumento muito relevante para a tutela dos bens jurídicos metaindividuais, trata-se do termo de ajustamento de conduta.

Este é um título executivo extrajudicial, aplicável aos casos previstos em lei, formado a partir do livre acordo de vontades (transação) entre um dos órgãos públicos legitimados¹⁵⁵ e o autor de uma lesão ou ameaça de lesão a interesse meta individual (art. 5º, §6º, da Lei 7.347/1985), como forma de resolução amigável de conflitos¹⁵⁶.

Referido documento pode ser celebrado visando a adequação de conduta às exigências legais (cessando a lesão ou ameaça), a reparação de danos, ou a compensação e/ou indenização por danos que não possam ser recuperados (art. 14 da Resolução 23/2007 do CNMP), dando ensejo ao arquivamento do PPIC ou do ICP, desde que não haja nenhuma concessão por parte do órgão público celebrante quanto ao bem jurídico, visto tratar-se sempre de interesse metaindividual dotado de natureza indisponível.

Por ser este um título executivo extrajudicial, em caso de descumprimento o infrator poderá ser executado diretamente, sem a necessidade de realização da morosa etapa judicial de conhecimento, alcançando-se assim um provimento satisfativa muito mais eficaz para a tutela aos interesses metaindividuais, tendo em vista que a morosidade pode gerar situações danosas irreversíveis.

¹⁵⁵ Somente órgãos públicos poderão celebrar termos de ajustamento de conduta, ou seja, o Ministério Público; os entes da federação (União, Estados-membros e municípios); entidades ou órgãos da administração pública (direta ou indireta), com ou sem personalidade jurídica própria, desde que sejam destinados à defesa de direitos transindividuais; empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos.

¹⁵⁶ MASSON, Cleber; ANDRADE, Adriano; ANDRADE, Landolfo. **Interesses Difusos e Coletivos**. São Paulo: Método, 2011, p. 194.

Para tanto, há de ser o referido título líquido e certo, celebrado de forma a trazer obrigação certa quanto a sua existência e determinada quanto a seu objeto (Súmula 9 do Conselho Superior do MP-SP).

Assim sendo, especificamente em casos de improbidade administrativa, por ser a moralidade pública bem indisponível, em tese não haveria sentido na celebração de tal documento, inclusive considerando-se a vedação prevista no art. 17, §1º, da Lei 8.429/1992.

Todavia, ao réu de uma ação de improbidade julgada procedente podem ser aplicadas as diversas sanções previstas no art. 12 da Lei de Improbidade, dentre as quais estão o dever de ressarcimento dos danos causados e a perda da vantagem ilícita auferida.

Deste modo, nada impede que o infrator venha a celebrar termo de ajustamento de conduta cujo objeto seja o integral ressarcimento dos danos e a total perda da vantagem ilícita, mantida a vedação à transação acerca das demais sanções previstas no referido art. 12¹⁵⁷.

O MP-SP, no art. 401, §1º, do Ato 675/2010 do Procurador-Geral de Justiça em conjunto com o Corregedor-Geral do Ministério Público (Manual de Atuação Funcional dos Promotores de Justiça do Estado de São Paulo) adotou expressamente a linha supra, autorizando a celebração de termo de ajustamento visando a integral perda da vantagem ilícita.

Esta é uma posição que prima pela cidadania, na medida em propicia uma solução mais célere ao conflito, resguardando o melhor interesse da coletividade, o interesse público primário¹⁵⁸.

Por sua vez, no âmbito judicial, prevê a Constituição de 1988 dois instrumentos processuais próprios destinados à tutela da moralidade administrativa: (i) a ação popular; e (ii) a ação civil de improbidade.

¹⁵⁷ FERRARESI, Eurico. **Inquérito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 88.

¹⁵⁸ RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 123.

Estas duas ações são diferentes quanto a legitimidade ativa, procedimento, efeitos da sentença, possibilidade de aplicação de sanções, etc. Entretanto, ambas integram o mesmo microsistema coletivo.

Atualmente é necessário superar-se a antiga dicotomia entre Estado e indivíduo, entre público e privado, pois a realidade atual das relações em massa exige a criação de novos instrumentos e o aperfeiçoamento dos já existentes. Reconhece-se que o direito tende à universalização em todas as áreas, bem como que ao Estado incumbe interferir na regulação das relações sociais, de preferencia abandonando as soluções marcadamente privatistas que o direito contemporaneo herdou do direito romano¹⁵⁹.

Deste modo, o problema em relação aos direitos coletivos se coloca no confronto entre o tratamento atomizado inerente às ações individuais (tratando-se cada conflito isoladamente como um átomo) e o tratamento molecular necessários aos conflitos objeto das ações coletivas (tratando-se cada conflito coletivamente como uma molécula formada a partir da junção de vários átomos), nos moldes da integração entre o CDC e a LACP¹⁶⁰.

Conceitua-se o processo coletivo como aquele instaurado por um legitimado autônomo que postula um direito metaindividual com a finalidade de obter um provimento jurisdicional que atingirá uma coletividade indeterminada ou determinável de pessoas¹⁶¹.

A partir desta ótica, atualmente as ações coletivas são um gênero regulado pelo microsistema formado em razão da conjunção entre o art. 90 da Lei 8.078/1990 e ao art. 21 da Lei 7.347/1985), tendo como espécies ação civil pública (gênero do qual a ação de improbidade é espécie), a ação popular e o mandado de segurança coletivo. Porém, no ordenamento jurídico pátrio há uma pluralidade de normas que regulamentam a tutela coletiva.

¹⁵⁹ DINAMARCO, Cândido. **A instrumentalidade do processo**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 51.

¹⁶⁰ WATANABE, Kazuo. Demandas Coletivas e os problemas emergentes da práxis forense. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1992, n. 67, p. 15.

¹⁶¹ GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 16.

Os arts. 21 da Lei da Ação Civil Pública e 90 do Código de Defesa do Consumidor, como normas de envio, possibilitaram o surgimento do denominado microsistema de proteção dos interesses ou direitos coletivos *lato sensu*, no qual se comunicam outras normas, como o Estatuto do Idoso e o da Criança e do Adolescente, a Lei da Ação Popular, a Lei de Improbidade Administrativa e outras que visam tutelar direitos dessa natureza, de forma que os instrumentos e institutos podem ser utilizados para "propiciar sua adequada e efetiva tutela"¹⁶².

Cabe lembrar que o CDC é dotado de normas de ordem pública e interesse social, reforçando assim sua eficácia sobre as demais normas integradoras do sistema¹⁶³.

Conforme o princípio da integração (vide item 2.3), no microsistema processual coletivo há um núcleo com previsões remissivas recíprocas entre Lei da Ação Civil Pública e o CDC (art. 21 c/c art. 90), formando um "tronco base coletivo", em torno do qual todas as demais normas se interrelacionam de modo coerente em um "diálogo das fontes"¹⁶⁴.

O microsistema coletivo tem sua formação marcada pela reunião intercomunicante de vários diplomas, logo, em torno deste tronco base existem diversas leis especiais que integram o referido sistema, irradiando previsões conforme cada compatibilidade respectiva. São elas: (i) a Lei de Ação Popular; (ii) a Lei de Improbidade Administrativa; (iii) o Estatuto do Idoso; (iv) a Lei de Portadores de Deficiência (Lei 7.853/1989); (v) o Estatuto da Cidade; (vi) o Estatuto da Criança e do Adolescente; (vii) a Lei dos investidores do mercado de valores mobiliários (Lei 7.913/1989); (viii) a Lei de Livre Concorrência (Lei 12.529/2011); (ix) a Lei de Mandado de Segurança (Lei 12.016/2009); (x) a Lei de Política Nacional do Meio

¹⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1221254, da PRIMEIRA TURMA, Brasília, DF, 13 de junho de 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

¹⁶³ GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 77.

¹⁶⁴ A teoria do diálogo das fontes é uma concepção do jurista alemão Erik Jayme, trazida para o Brasil por Claudia Lima Marques. Esta teoria determina que o Direito deve ser interpretado como um todo, sistemático e harmônico, de forma que uma norma jurídica complemente o sentido e aplicação das demais, ao invés de uma norma excluir a aplicação da outra (TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 2ª ed. São Paulo: Método, 2012, p. 66).

Ambiente (Lei 6.938/1981); (xi) Estatuto da Igualdade Racial (Lei 12.288/2010); dentre outras; e subsidiariamente o Código de Processo Civil¹⁶⁵.

Dentro deste cenário observa-se que o devido processo legal precisa ser adaptado ao processo coletivo, aproximando-se de um devido processo coletivo, adaptando-se os instrumentos legais para a tutela de novos tipos de litígios naturais de relações de massa. Para tanto, o processo coletivo exige regramento próprio que deve acomodar suas peculiaridades, como, competência, legitimidade, coisa julgada, intervenção de terceiros, etc¹⁶⁶.

A ação civil pública é uma medida judicial que pode ser proposta, de forma cautelar ou principal, para processo de conhecimento ou executivo, buscando provimento declaratório, constitutivo ou condenatório para tutelar qualquer interesse metaindividual, bem como interesses individuais indisponíveis de pessoas vulneráveis (*ações pseudo-individuais*), como idosos, incapazes, portadores de deficiência, etc.

E neste microssistema, com aplicação subsidiária do CPC, a ação civil pública pode tramitar de forma compatível com a maioria dos ritos existentes: ordinário, sumário e especiais - salvo sumaríssimo dos juizados especiais, o qual não é apto à tutela metaindividual¹⁶⁷.

É cabível aqui um questionamento, a ação civil de improbidade é uma espécie de ação civil pública?

Conforme entendimento majoritário, adotado inclusive pelo STJ, a ação civil de improbidade é sim uma espécie de ação civil pública, integrante do microssistema processual coletivo, possuindo, contudo previsões especiais

¹⁶⁵ MAZZEI, Rodrigo. **A Ação Popular e o microssistema da tutela coletiva**. In Revista Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade de Ribeirão Preto. Curitiba: Juruá, 2011, p. 190.

¹⁶⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. Vol. IV. 4ª ed. Salvador: Juspodvm, 2009, p. 112.

¹⁶⁷ Enunciado 139 do FONAJE: A exclusão da competência do Sistema dos Juizados Especiais quanto às demandas sobre direitos ou interesses difusos ou coletivos, dentre eles os individuais homogêneos, aplica-se tanto para as demandas individuais de natureza multitudinária quanto para as ações coletivas. Se, no exercício de suas funções, os juízes e tribunais tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil coletiva, remeterão peças ao MP para as providências cabíveis.

decorrentes da incidência própria da Lei 8.429/1992¹⁶⁸. É propriamente uma ação de conhecimento que veicula uma pretensão condenatória, por meio de um rito ordinário.

A ação de improbidade tutela o bem jurídico “probidade administrativa”, ou seja, seu objeto é mais restrito do que aquele tutelado por meio de uma ação popular ou de uma ação civil pública comum.

A ação popular e a ação de improbidade tutelam, ambas, a moralidade administrativa e o respeito aos princípios da boa administração. Porém, a aquela tutela o patrimônio público em sentido amplo, abrangendo tanto bens e direitos dotados de valor econômico, quanto bens e direitos materiais e imateriais de outras ordens, como artístico, estético, histórico turístico, ambiental, etc.

Por sua vez, a ação de improbidade tutela o patrimônio público em sentido estrito, alcançando somente o erário (público), especificamente o dinheiro e os bens materiais de valor econômico.

Em razão do rol exemplificativo trazido pela Lei 7.347/1985, com relação à ação civil pública comum, esta pode trazer em seu objeto qualquer dos interesses transindividuais, como o patrimônio histórico, cultural, meio ambiente e etc, enquanto a ação civil de improbidade destina-se especificamente à tutela do erário e probidade administrativa.

Em razão de sua especialidade, uma vez adotada a corrente majoritária, somente a ação de improbidade apresenta-se como a via a adequada para a aplicação das sanções previstas no art. 12 da Lei 8.429/1992 decorrentes de um provimento condenatório.

Neste dispositivo são cominadas as sanções de: perda dos bens ou valores, ressarcimento integral do dano, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil, proibição de contratar com o Poder Público e proibição de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta

¹⁶⁸ NEVES, Daniel Assunção Amorim; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de Improbidade Administrativa**. São Paulo: Método, 2012, p. 129.

ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário.

Tais sanções poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, mas sempre observados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade durante a etapa de dosimetria, independe da ocorrência de dano ao patrimônio público (salvo quanto à pena de ressarcimento) e da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas (art. 21 da Lei 8.429/1992).

Dentre estas sanções, são penas impróprias somente a perda dos bens ou valores (dotada de natureza reparatória) e o ressarcimento integral do dano¹⁶⁹.

São impróprias, pois poderão ser objeto de pedido principal tanto em uma ação civil de improbidade quanto em uma ação civil pública comum.

Da mesma forma, nada impede que um cidadão busque via ação popular a anulação do ato lesivo ao patrimônio público e a consequente condenação do réu ao ressarcimento integral dos danos.

Contudo, as demais sanções previstas no art. 12 configuram penas próprias, ou seja, somente poderão ser objeto de pedido principal em uma ação civil de improbidade.

Portanto, a ação de improbidade é instrumento em que se busca responsabilização, sendo dotada de natureza especialíssima, qualificada pela singularidade do seu objeto, que é aplicar penalidade a administradores ímprobos e outras pessoas, físicas ou jurídicas, que com eles se acumpliciam. Trata-se de ação com caráter repressivo, semelhante à ação penal e diferente de outras ações com matriz constitucional, como a ação popular, cujo objetivo é desconstituir um ato lesivo, ou a ação civil pública, para a tutela do patrimônio público, cujo objeto é de natureza preventiva, desconstitutiva ou reparatória¹⁷⁰.

¹⁶⁹ NEVES, Daniel Assunção Amorim; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de Improbidade Administrativa**. São Paulo: Método, 2012, p. 131.

¹⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 827445, da PRIMEIRA TURMA, Brasília, DF, 08 de março de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

Estas três ações abordadas acima são instrumentos do microsistema coletivo aptos à tutela da moralidade administrativa, cada qual a seu modo e observadas suas especificidades.

Porém, além destas há ainda a possibilidade de utilização do mandado de segurança coletivo sempre que ocorra lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo metaindividual.

Trata-se de um instrumento processual criado originariamente como meio de defesa do cidadão contra a arbitrariedade estatal.

Conforme suma das disposições da Lei 12.016/2009, esta é uma ação de conhecimento (declaratória, constitutiva ou condenatória), documental (pois exige prova pré-constituída da ilegalidade e do direito material violado, como condição da ação, sendo incabível dilação probatória), com rito especial mais célere, impetrada no prazo decadencial de 120 dias contados da ocorrência da ilegalidade, destinada a proteger o impetrante contra lesão ou ameaça concreta de lesão a direito líquido (na extensão) e certo (no conteúdo), não amparado por habeas corpus ou habeas data (art. 5º, LXIX, da CF), seja o ato ilegal comissivo ou omissivo (incluído abuso de poder) de autoridade pública coatora (pessoa física) ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público (autarquia, fundação, empresa pública, sociedade de economia mista, delegatárias de serviços públicos).

Torna-se importante destacar que o STJ atualmente reconhece a legitimidade ativa inclusive do Ministério Público para a impetração do Mandado de Segurança Coletivo¹⁷¹:

O Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos. 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/1988 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 da administração pública, nele encartando-se a Ação Cautelar Inominada, Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas. Deveras, é mister concluir que a nova

¹⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo De Instrumento n. 1249132, da PRIMEIRA TURMA, Brasília, DF, 09 de setembro de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

ordem constitucional erigiu um autêntico 'concurso de ações' entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, a fortiori, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos.

Nota-se que o microsistema processual coletivo, ao disponibilizar instrumentos aptos e efetivos à tutela da moralidade administrativa, cria um âmbito de tutela à própria cidadania, aos verdadeiros interesses da coletividade condensados na proteção ao interesse público primário.

5. PRINCIPAIS APONTAMENTOS PROCESSUAIS SOBRE A AÇÃO DE IMPROBIDADE MINISTERIAL VISANDO O PROVIMENTO PROTETIVO

Objeto do presente estudo, por sua relevância precípua, a ação de improbidade é um dos instrumentos do microsistema coletivo mais apto a tutelar a moralidade administrativa, em razão de sua alta efetividade para com este valor da vida.

Trata-se de uma espécie de ação civil pública, que tramita por um rito praticamente ordinário, dotada de algumas peculiaridades.

E por ser a tutela judicial a última barreira de defesa e proteção do cidadão frente à ilegalidade faz essencial serem estudados os principais pontos processuais da ação de improbidade proposta pelo Ministério Público destinados à obtenção da tutela protetiva judicial concedida a partir do provimento à ação de improbidade.

5.1 DA LEGITIMIDADE ATIVA

Para a propositura da referida ação, em que pese ser esta uma espécie de ação civil pública, há na Lei 8.429/1992 um rol taxativo mais restrito previsto em seu art. 17, *caput* (diverso daquele trazido pelo art. 1º da LACP), em razão do qual são legitimados ativos somente o Ministério Público e a pessoa jurídica de direito público interessada (vitimada pelo ato ímprobo)¹⁷².

¹⁷² Poderão ser vitimadas por ato de improbidade as entidades ou órgãos previstos no art. 1º da Lei de Improbidade. Ou seja, 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

Como já visto, trata-se de legitimidade extraordinária (art. 6º do CPC), *ope legis*, concorrente e disjuntiva, em razão da qual o autor figura em juízo como substituto processual da coletividade.

5.2 DA COMPETÊNCIA

A ação de improbidade, para possuir seu trâmite válido e regular, deve transcorrer no juízo competente.

A competência é a medida de jurisdição destinada pelo legislador a cada determinado órgão do poder judiciário. É a distribuição das matérias apreciáveis por cada órgão jurisdicional com base em critérios legais predefinidos¹⁷³.

Por sua vez jurisdição é poder do Estado de efetivar concretamente a vontade da Lei. É uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça. Tal pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso concreto apresentado; e o Estado desempenha essa função sempre mediante o processo, seja expressando imperativamente o preceito (através de uma sentença de mérito), seja realizando no mundo das coisas o que o preceito estabelece (através da execução forçada). Mas o

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; ou 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 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.

¹⁷³ GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. **Teoria Geral do Processo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 251.

exercício da jurisdição hoje depende de provocação, não podendo, em regra, serem os processos iniciados *ex officio*¹⁷⁴.

Diante desta conceituação, as ações de improbidade brasileiras tramitam somente na justiça comum (federal ou estadual), uma vez que não há tal previsão para as justiças especializadas, trabalhista, eleitoral e militar (arts. 114, 121 e 125 da CF/1988).

Na Justiça Federal tal demanda será proposta pelo MPF ou por pessoa jurídica interessada, seguindo as diretrizes do art. 109 da CF/1988.

Na Justiça Estadual, subsidiariamente por conta de sua competência residual, será proposta pela pessoa jurídica interessada ou pelo Ministério Público do respectivo Estado-membro, desde que não se trate de questão afeta a interesse da União¹⁷⁵.

Por sua vez, o foro competente, a circunscrição territorial na qual será proposta a ação, diante da ausência de previsão especial na Lei de Improbidade, faz incidir subsidiariamente o regramento tradicional do microssistema coletivo. Ou seja, aplica-se o art. 2º da LACP, que determina uma competência territorial absoluta para a comarca da Justiça Estadual ou seção judiciária da Justiça Federal pertencente ao local que ocorra o fato ímprobo¹⁷⁶.

Há certa confusão entre os critérios utilizados pela norma e pela doutrina, haja vista que a lei menciona “competência territorial/funcional do juízo”, ao passo que a doutrina esclarecer tratar-se em verdade de competência territorial absoluta para o juízo do local do dano¹⁷⁷.

¹⁷⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. **Teoria Geral do Processo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 149.

¹⁷⁵ Se o Ministério Público Federal atuar como autor da ação civil pública de improbidade administrativa, a competência para o conhecimento e julgamento da ação será da justiça federal, nos termos do art. 109, I, da Constituição Federal. Precedentes (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1199095, da PRIMEIRA TURMA, Brasília, DF, 09 de dezembro de 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 dez. 2014).

¹⁷⁶ GAJARDONI, Fernando da Fonseca *apud* NEVES, Daniel Assunção Amorim; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de Improbidade Administrativa**. São Paulo: Método, 2012, p. 155.

¹⁷⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. 1. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 530.

Trata-se de uma regra de competência territorial-funcional, estabelecida pelo legislador, a par da excepcionalidade do direito tutelado, com o objetivo de facilitar e acelerar o exercício da função jurisdicional, visto ser mais eficaz a avaliação das provas no Juízo em que ocorrer o fato. Assim, a competência do local do dano é funcional e, portanto, de natureza absoluta.

Este é também o posicionamento já firmado pelo STJ:

A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que o foro do local do dano é competente para processar e julgar Ação Civil Pública, mesmo nos casos de improbidade administrativa. À luz do art. 109, § 2º, da Constituição Federal, a União pode ser processada no foro do local do dano, o que, na hipótese de Ação Civil Pública, convola em obrigatoriedade, conforme estatuído no art. 2º da Lei 7.347/1985¹⁷⁸.

Não há na Lei 8.429/92 regramento específico acerca da competência territorial para processar e julgar as ações de improbidade. Diante de tal omissão, tem-se aplicado, por analogia, o art. 2º da Lei 7.347/85, ante a relação de mútua complementariedade entre os feitos exercitáveis em âmbito coletivo, autorizando-se que a norma de integração seja obtida no âmbito do microsistema processual da tutela coletiva¹⁷⁹.

Em que pese existir previsão complementar no art. 93, I, do CDC acerca da fixação da competência territorial para as ações civis públicas, diante do entendimento supra pacificado pelo STJ, tal norma consumerista não terá aplicação sobre as ações de improbidade.

Todavia, há ainda uma questão que gera polêmica. Há prerrogativa de foro para as ações de improbidade?

Com relação aos tribunais superiores e tribunais de segundo grau da justiça comum, há corrente amplamente majoritária, da qual faz parte o emérito professor Gajardoni, defendendo a inexistência de prerrogativa de foro com base em interpretação literal e restritiva dos dispositivos constitucionais que regem a competência originária. Ou seja, diante da ausência de previsão constitucional

¹⁷⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial n. 1043307, da SEGUNDA TURMA, Brasília, DF, 20 de abril de 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 dez. 2014. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial n. 1356217, da SEGUNDA TURMA, Brasília, DF, 20 de junho de 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

¹⁷⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial n. 1359958, da PRIMEIRA TURMA, Brasília, DF, 13 de novembro de 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 dez. 2014. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial n. 1356217, da SEGUNDA TURMA, Brasília, DF, 20 de junho de 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

acerca da competência originária para tal demanda, não seria possível à legislação infraconstitucional o fazer¹⁸⁰.

Desde a Reclamação Constitucional n. 2138, por similaridade, o STF aceitava a prerrogativa de função nas ações de improbidade para os mesmos que a possuem quando réus em uma demanda por crime de responsabilidade, cujo fundamento é o disposto no art. 4º, V, da Lei 1.079/1950 c/c art. 85, V, da CF/1988¹⁸¹.

Por ser um tema divergente, mais salutar torna-se a exposição do entendimento majoritário adotado, constando alguns julgados mais recentes a fim de ilustrar posição jurisprudencial mais atualizada:

De acordo com o entendimento consolidado no Supremo, a ação de improbidade administrativa possui natureza civil e, portanto, não atrai a competência por prerrogativa de função¹⁸².

Inexiste foro por prerrogativa de função nas ações de improbidade administrativa¹⁸³.

O foro por prerrogativa de função não se estende às ações civis públicas por improbidade administrativa nem aos inquéritos civis conduzidos por integrantes do Ministério Público (art. 129, III, da CF), ainda que os fatos apurados possam ter repercussão penal¹⁸⁴.

Esta Corte Especial pacificou entendimento no sentido de que o foro por prerrogativa de função não se estende ao processamento das Ações de Improbidade Administrativa¹⁸⁵.

A jurisprudência reconhece a inexistência de foro privilegiado no âmbito das ações civis de improbidade administrativa. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, para o fim de alinhar-se à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, alterou seu entendimento para afirmar que "a ação de improbidade administrativa deve ser processada e julgada nas instâncias

¹⁸⁰ GAJARDONI, Fernando da Fonseca *apud* NEVES, Daniel Assunção Amorim; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa*. São Paulo: Método, 2012, p. 155.

¹⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 2138, Pleno do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 18 de abril de 2008. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 19 dez. 2014.

¹⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 377114, Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 29 de agosto de 2014. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 19 dez. 2014.

¹⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 786438, Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 20 de novembro de 2014. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 19 dez. 2014.

¹⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito n. 3776, Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 04 de novembro de 2014. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 19 dez. 2014.

¹⁸⁵ Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 553972, da SEGUNDA TURMA, Brasília, DF, 03 de fevereiro de 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 07 fev. 2015.

ordinárias, ainda que proposta contra agente político que tenha foro privilegiado no âmbito penal e nos crimes de responsabilidade" (AgRg na Rcl 12.514/MT, Rel. Min. Ari Pargendler, DJe 26/09/2013). No mesmo sentido: AgRg na Pet 9.669/RJ, Rel. Min. Og Fernandes, Corte Especial, DJe 6/10/2014; AgRg no REsp 1.364.439/RJ, de minha relatoria, Primeira Turma, DJe 29/9/2014; AIA 45/AM, Rel. Min. Laurita Vaz, Corte Especial, DJe 19/3/2014¹⁸⁶.

O atual entendimento das Cortes Superiores é no sentido de que nas ações civis de improbidade administrativa não há de se falar em foro por prerrogativa de função ajuizadas em face de agentes políticos. Sobre o tema: STF - RE 540.712 AgR-AgR/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 13.12.2012; AI 556.727 AgR/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 26.4.2012; AI 678.927 AgR/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 1º.2.2011; AI 506.323 AgR/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 1º.7.2009; em decisões monocráticas: Rcl 15.831/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 20.6.2013; Rcl 2.509/BA, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 6.3.2013; Pet 4.948/RO, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 22.2.2013; Pet 4.932/RN, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 17.2.2012; STJ - AgRg na Rcl 12.514/MT, Corte Especial, Rel. Min. Ari Pargendler, DJe de 26.9.2013; REsp 1.135.158/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe de 1º.7.2013; AgRg no AREsp 322.262/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 18.6.2013¹⁸⁷.

Nota-se, portanto, que assiste razão à corrente da qual faz parte o emérito professor Gajardoni, negando-se a prerrogativa de foro para as ações de improbidade.

5.3 DO PROCEDIMENTO

Uma vez identificado o juízo competente, torna-se pertinente uma breve abordagem acerca do procedimento da ação de improbidade, da forma pela qual a concatenação de atos alcança o provimento ou improvimento jurisdicional (art. 17 da Lei de Improbidade).

¹⁸⁶ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1489024, da PRIMEIRA TURMA, Brasília, DF, 11 de dezembro de 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 07 fev. 2015.

¹⁸⁷ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1407862, da SEGUNDA TURMA, Brasília, DF, 19 de dezembro de 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 07 fev. 2015.

A partir de provas ou elementos de informação colhidos em algum procedimento inquisitorial (relatório de comissão parlamentar de inquérito, procedimento preparatório ao inquérito civil, inquérito civil público, inquérito policial, etc) ou fornecidas por algum membro da coletividade, caso exista lastro mínimo para justificar a propositura da demanda (art. 283 do CPC), o autor deverá valorar a viabilidade e oportunidade quanto ao melhor momento de propor a ação civil.

A petição inicial seguirá os moldes tradicionais (art. 282 do CPC), indicando o endereçamento, nome e qualificação das partes, a descrição dos fatos e a correlação com os fundamentos jurídicos, os pedidos (liminares e principais, inclusive de citação dos réus), o valor da causa e o protesto pela produção de provas.

Ao tempo da propositura, o Ministério Público, se for autor da demanda, obrigatoriamente atuará como fiscal da lei, sob pena de nulidade.

Uma vez oferecida a demanda, antes de decidir se receberá ou não a petição inicial, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do requerido (agente público, particular ou pessoa jurídica), para apresentar defesa prévia por escrito, no prazo de 15 dias, a qual poderá ser instruída com documentos e justificações, permitindo-se a alegação de quaisquer matérias defensivas¹⁸⁸.

No entanto, caso figure como autor o MP e o requerido seja a própria pessoa jurídica interessada, não haverá necessidade de sua notificação, visto que poderá inclusive abster-se de contestar a ação (art. 17, §3º, da Lei de Improbidade c/c art. 6º, §3º, da Lei de Ação Popular).

Caso o juiz opte por determinar diretamente a citação do requerido, suprimindo a etapa preliminar, haverá nulidade relativa, a qual, para ser reconhecida dependerá da prova do efetivo prejuízo diante do caso concreto. Logo, a ausência da notificação prévia somente acarreta nulidade processual se houver comprovação

¹⁸⁸ SOBRANE, Sergio Turra. **Improbidade Administrativa: aspectos materiais, dimensão difusa e coisa julgada**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 146.

de efetivo prejuízo, de acordo com a parêmia *pas de nullité sans grief*. Esta é a linha de pensamento seguida pelo STJ¹⁸⁹:

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça prevalece o entendimento de que, em ação civil pública na qual se apuram atos de improbidade administrativa, a ausência da notificação do réu para a defesa prévia, prevista no art. 17, § 7º, da Lei n. 8.429/1992, só acarreta nulidade processual se houver comprovado prejuízo (*pas de nullité sans grief*). Nesse sentido: AgRg no REsp 1225295/PB, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 06/12/2011; REsp 1233629/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 14/09/2011; REsp 1184973/MG, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 21/10/2010; REsp 1134461/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 12/08/2010.

Esta etapa preliminar é um diferencial em relação ao rito tradicionalmente ordinário. Contudo, uma vez recebida a exordial, a demanda tramitará normalmente seguindo o mesmo procedimento de uma ação civil pública.

A doutrina tenta apontar justificativas para tal especialidade, mas sua implementação foi efetivamente uma opção política do legislador, ponderando-se inclusive que os políticos costumam ser os mais assíduos clientes do polo passivo deste tipo de demanda.

Oferecida a peça preliminar o juiz deve decidir fundamentadamente dentro do prazo impróprio de 30 dias. Neste momento poderá acolher a defesa prévia, portanto, rejeitando a ação, caso se convença: da inexistência do ato de improbidade, da improcedência liminar da ação ou da inadequação da via eleita. Ou então, rejeitar a defesa, recebendo a exordial, determinando a citação do requerido e dando início à demanda.

E para que se determine o processamento da ação, em obediência ao princípio do *in dubio pro societate*, a fim de possibilitar o maior resguardo do interesse público, a jurisprudência do STJ se posicionou no sentido de ser suficiente a demonstração de existência de indícios razoáveis de prática de atos de improbidade e sua autoria¹⁹⁰.

¹⁸⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1101585, da PRIMEIRA TURMA, Brasília, DF, 25 de abril de 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

¹⁹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1197406, da SEGUNDA TURMA, Brasília, DF, 22 de agosto de 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

Recebida a exordial, em decisão passível de agravo de instrumento, o requerido será citado para tempestivamente apresentar contestação, podendo se valer de todas as formas tradicionais de defesa.

Superada a primeira etapa do contraditório, abre-se a fase de instrução, na qual as partes poderão se valer de todos os meios de prova em direito admitidos.

A única especificidade nesta fase fica por conta da aplicação do art. 221, *caput* e §1º, do CPP, com relação à produção da prova oral (art. 7º, §12, da Lei de Improbidade). Ou seja, algumas autoridades terão a prerrogativa de serem inquiridas em data, horário e local previamente ajustados com o juízo da causa.

Ainda assim, ao longo de toda a demanda existem três possibilidades peculiares.

A primeira, com base no § 11 do art. 17 da Lei de Improbidade, objetivando evitar a continuidade de demandas infundadas, em qualquer fase do processo, reconhecida a inadequação da ação de improbidade, o juiz extinguirá o processo sem julgamento do mérito, em razão da falta de interesse de agir superveniente (art. 267, VI, do CPC). É esta uma questão de ordem pública, inerente às condições da ação, apreciável a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição¹⁹¹.

A segunda diz respeito à sentença terminativa em caso de desistência ou abandono da ação. Na Lei de Improbidade não há nenhuma previsão sobre estas possibilidades, contudo, o art. 9º da Lei de Ação Popular c/c art 5º, §3º, da LACP disciplinam tais situações para o microssistema coletivo do qual a ação de improbidade faz parte. Logo, em caso de abandono ou desistência possibilita-se ao MP ou a outro legitimado assumir o pólo ativo da demanda.

A terceira trata da (im)possibilidade de prolação de sentença homologatória de acordo entre autor e requerido. Há vedação expressa no art. 17, §1º, da Lei de Improbidade com relação à realização de transação, haja vista ser o

¹⁹¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. I. 48ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2008. p. 70.

objeto da ação um bem jurídico indisponível, que está sendo tutelado por um substituto processual.

Tal vedação, obviamente, persiste com relação a aplicação das penas do art. 12 da Lei 8.429/1992. Por outro lado, tanto quanto é possível a composição amigável via termo de ajustamento de conduta, será também viável a transação durante a ação de improbidade sobre a forma e os prazos para a reparação de danos e restituição de bens adquiridos ilicitamente. Isto, pois, não cuidam de disposição sobre o direito material em si¹⁹².

De toda sorte, uma vez instruída a causa o juiz deve então realizar o julgamento.

Em uma cognição exauriente cabe ao juiz decidir pela procedência ou improcedência da ação, considerando a o envolvimento dos acusados na existência ou não do ato de improbidade.

Havendo improcedência da ação, tradicionalmente revogam-se eventuais liminares concedidas, cabendo ao juiz remeter os autos ao segundo grau para reexame necessário¹⁹³, facultando-se ao autor optar se irá ou não apelar.

Diante da procedência da demanda, o juiz deve fundamentadamente valorar as provas sobre a autoria e materialidade colhidas e assim decidir quais sanções irá aplicar ao tipo ímprobo descrito na exordial, nos moldes dos incisos do art. 12 da Lei de Improbidade. E caso a conduta do réu se amolde a mais de um dispositivo típico, o juiz deve aplicar somente o tipo mais gravoso, ajustando o peso da sanção conseqüentemente, restando os demais absorvidos.

Na dosimetria de fixação das penas o juiz deve sempre respeitar o princípio da individualização e se valer dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, a fim de aplicar uma reprimenda suficiente para punir o réu e desestimular sua reincidência, sem exceder ou aviltar a tutela estatal, podendo

¹⁹² MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 22ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 415.

¹⁹³ A necessidade de reexame necessário decorre de aplicação analógica ao disposto no art. 19 da Lei de Ação Popular (FERRARESI, Enrico. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Método: 2011, p. 187).

aplicar as sanções previstas no respectivo inciso do art. 12 de forma isolada ou cumulativa, não sendo obrigado a aplicar todas.

Para tanto, deverá considerar: a gravidade concreta do fato; a extensão do dano causado; o proveito patrimonial obtido pelos envolvidos; a intensidade do dolo ou o grau de culpa, a personalidade do agente, sua vida pregressa, seu grau de envolvimento no ilícito e os reflexos da ofensa sobre o interesse público¹⁹⁴.

Não obstante a jurisprudência majoritária do Superior Tribunal de Justiça (ilustrada por meio do REsp 892.818), alguns doutrinadores admitem que o princípio da insignificância possuiria aplicabilidade no âmbito administrativo. Valendo-se de analogia ao Direito Penal, aqueles atos que denotassem lesão ínfima aos deveres do cargo, ou ao atingimento dos fins que se esperam do agir administrativo, não possui a necessária aptidão para o delineamento de um perfil ímprobo. O motivo? Eventual persecução civil, com a conseqüente aplicação das sanções previstas no art. 12, poderia acarretar ao agente uma lesão muito maior que aquela perpetrada contra o ente estatal, violando, assim, a relação de segurança que deve ser observada entre o Estado e seus administrados¹⁹⁵.

Após julgada a demanda no juízo *a quo* há a possibilidade de apelação ao órgão *ad quem*, bem como de interposição dos recursos inerentes aos tribunais superiores, nos mesmos moldes do sistema recursal das ações civis públicas.

Com o trânsito em julgado da sentença condenatória dá-se início aos efeitos conseqüentes, em razão da definitividade obtida pela decisão. É a partir deste momento que ocorrerá a efetiva expropriação de bens, a perda definitiva do cargo emprego ou função pública outrora exercida pelo réu, bem como abre-se o termo inicial para as proibições de contratar com o poder público, de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, e suspensão dos direitos políticos, esta que acarreta a inelegibilidade para os pretensos candidatos a cargos eletivos (art. 20 da Lei de Improbidade).

¹⁹⁴ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 501.

¹⁹⁵ Idem, p. 102.

5.4 DA PRESCRIÇÃO

Com vistas à paz social, segurança jurídica e estabilização das relações, considerando que os eventuais envolvidos não poderão permanecer indefinidamente sujeitos a tornarem-se réus em uma ação de improbidade, a Lei 8.429/1992 traz em seu art. 23 o prazo de prescrição para a propositura da ação de improbidade.

Deste modo, a ação destinada a levar a efeitos as sanções previstas na Lei de Improbidade poderão ser propostas: (i) em até 5 anos após o término do vínculo temporário do agente com o poder público, ou seja, do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança; ou (ii) em razão do vínculo definitivo do sujeito com o poder público, dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público (como, por exemplo, a Lei 8.112/1990), nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego, bem como de terceiros particulares envolvidos¹⁹⁶.

Mesmo assim, conforme posição manifestada pelo STF¹⁹⁷ - com reconhecida repercussão geral, e também pacificada pelo STJ¹⁹⁸, há uma importante ressalva a ser feita. Nos termos do art. 37, §5º, da CF/1988, a pretensão de reparação de danos causados ao poder público é imprescritível.

Portanto, para a aplicação das sanções aos eventuais envolvidos em atos de improbidade administrativa prepondera a necessidade de estabilização das

¹⁹⁶ A compreensão firmada no Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, nas ações de improbidade administrativa, para o fim de fixação do termo inicial do curso da prescrição, aplicam-se ao particular que age em conluio com agente público as disposições do art. 23, I e II, da Lei nº 8.429/1992 (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1510589, da PRIMEIRA TURMA, Brasília, DF, 26 de maio de 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 05 jun. 2015).

¹⁹⁷ Embora imprescritíveis as ações de ressarcimento contra os agentes públicos que ilicitamente causaram lesão ao patrimônio público (art. 37, § 5º, da CF), verifica-se a ocorrência da prescrição no que tange às sanções previstas na Lei 8.429/1992 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO n. 744.973, Primeira Turma, Brasília, DF, 13 de agosto de 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 19 jan. 2015. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO n. 848482, com repercussão geral presumida, Primeira Turma, Brasília, DF, 22 de fevereiro de 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 19 jan. 2015).

¹⁹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1303030, da SEGUNDA TURMA, Brasília, DF, 02 de junho de 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 05 jun. 2015.

relações, por meio da incidência do prazo prescricional, por outro lado, acerca da reparação de danos, prepondera o interesse público primário, sendo viável a propositura de ação civil a qualquer tempo com esta finalidade. Destarte, ainda que ocorra a prescrição quanto à aplicação das sanções, poderá a ação civil prosseguir regularmente em busca do ressarcimento ao erário.

5.5 DA LEGITIMIDADE PASSIVA

Dentre vários possíveis, a legitimidade, interesse e efetividade são os aspectos da ação de improbidade com maior pertinência ao presente estudo.

O interesse jurídico do Ministério Público para a propositura de uma ação de improbidade vem sendo amplamente explanado ao longo desta dissertação, na medida em que ao *Parquet* fora destinada a atribuição de zelar pelo interesse público e proteger os direitos metaindividuais contra qualquer lesão ou ameaça de lesão dotada de interesse social.

Referido interesse decorre precipuamente de uma opção do legislador, com base na verificação histórica dos fatos da vida, atribuindo ao MP sua legitimação extraordinária, com interesse como substituto processual¹⁹⁹.

Logo, a comprovada violação a qualquer destes bens jurídicos, dentre os quais está a probidade administrativa, motiva e justifica por si só a propositura de uma ação de improbidade.

Quanto à legitimidade processual específica para a ação de improbidade, em observância ao disposto no art. 17, *caput*, da Lei 8.429/1992, são legitimados

¹⁹⁹ ALVIM, José Manoel Arruda *apud* DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. Vol. IV. 4ª ed. Salvador: Juspodvm, 2009, p. 202.

ativos à propositura da referida ação somente o Ministério Público e a pessoa jurídica interessada (vitimada).

O *Parquet*, na qualidade de guardião da coletividade, extrai sua legitimidade do próprio texto constitucional (art. 129, III), mas também regulamentada pelo art. 17 da Lei de Improbidade.

Por sua vez, a pessoa jurídica interessada (vitimada) é aquela prevista no rol do art. 1º da Lei de Improbidade, ou seja, a pessoa jurídica de direito público ou privado, da administração direta ou indireta, federal, estadual ou municipal, que veicule o interesse público lesado ou ameaçado em consequência do ato ímprobo²⁰⁰.

Referidos autores potenciais possuem legitimidade ativa concorrente e disjuntiva.

No entanto, havendo dois ou mais legitimados ativos é possível sim a formação de litisconsórcio entre eles, seja inicial ou superveniente, por exemplo, entre o *Parquet* e a pessoa jurídica interessada, entre dois Ministérios Públicos (art. 5º, §5º, da LACP), ou entre duas pessoas jurídicas vitimadas pelo mesmo ato ímprobo. Contudo, não seria possível um litisconsórcio superveniente caso a ação de improbidade tenha sido proposta pela pessoa jurídica vitimada, na medida em que o MP funcionará como fiscal da lei nos termos do art. 17, §4º, da Lei 8.429/1992²⁰¹.

À pessoa jurídica vitimada é possível a propositura de outras ações, individuais ou coletivas, buscando tutelar o interesse público secundário, particularmente a reparação de danos sofrida.

No entanto, para valer-se da aplicação das sanções inerentes à ação de improbidade, é clara a intenção do legislador de atribuir legitimidade ativa somente às instituições que efetivamente representam o interesse público primário e, por conseguinte, a cidadania.

²⁰⁰ MEIRELLES, Helly Lopes; WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 266.

²⁰¹ NEVES, Daniel Assunção Amorim; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de Improbidade Administrativa**. São Paulo: Método, 2012, p. 140.

Quanto à legitimidade passiva, a Lei 8.429/1992 dispõe que qualquer pessoa pode cometer um ato de improbidade administrativa. Isto, pois, em regra quem o pratica é um agente público (art. 2º), mas, excepcionalmente, o particular que induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta, também poderá ser réu nesta demanda (art. 3º). Há neste ponto grande amplitude de incidência normativa, porém, conforme destaca a melhor doutrina, a existência típica concreta de um ato de improbidade administrativa depende sempre do envolvimento de ao menos um agente público, sem o qual o ato continuará sendo ilícito, apesar de não se configurar como ato de improbidade, apto à aplicação das sanções do art. 12 da lei em questão²⁰².

Este é o entendimento também do STJ:

Nos termos da orientação pacificada nesta Corte, muito embora tanto os agentes públicos como os particulares que induzam ou concorram para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficiem sob qualquer forma, direta ou indireta, estejam sujeitos às penalidades da Lei 8.429/92, não há como a ação ser proposta apenas contra estes últimos, de modo a figurarem sozinhos no pólo passivo da demanda²⁰³.

Outro ponto relevante é a discussão acerca da possibilidade ou não de uma pessoa jurídica figurar no polo passivo de uma ação de improbidade.

Majoritariamente considerando que as pessoas jurídicas podem ser beneficiadas e condenadas por atos ímprobos, logicamente é de se concluir que, de forma correlata, podem figurar no polo passivo de uma demanda de improbidade, ainda que desacompanhada de seus sócios²⁰⁴.

Com relação à efetividade, uma justiça meramente formal não é justiça, na medida em que não pacifica o litígio, não resolve o conflito de interesses colocado para sua apreciação.

De nada adianta uma ação ser julgada procedente se o bem da vida não estiver ao alcance para sua concretização.

²⁰² SOBRANE, Sergio Turra. **Improbidade Administrativa: aspectos materiais, dimensão difusa e coisa julgada**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 126.

²⁰³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1282445, da PRIMEIRA TURMA, Brasília, DF, 21 de outubro de 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

²⁰⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 970393, da PRIMEIRA TURMA, Brasília, DF, 29 de junho de 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

Para tanto, cite-se exemplificativamente um caso concreto bem conhecido no local de sua ocorrência, no qual a prestação jurisdicional alcançou sua finalidade e a ação civil prestou-se como efetivo instrumento à cidadania.

O então prefeito da cidade de Barretos-SP, Uebe Rezek, determinou pagamento a si próprio, em 30 de dezembro de 2004 - penúltimo dia de sua gestão, da quantia de R\$ 33.000,00 a título de décimo-terceiro salário, referente aos anos de 1998, 1999, 2000, 2003 e 2004, além de R\$ 45.000,00 correspondente a abono de férias dos anos de 1997 a 2000 e 2004. Por esse motivo, o Ministério Público propôs ação civil pleiteando sua condenação como incurso nas penas previstas na Lei de Improbidade por enriquecimento ilícito.

A ação foi julgada procedente para reconhecer a prática de atos de improbidade administrativa, com fundamento no art. 9º, *caput* e inciso XI, da Lei 8.429/1992, e para condená-lo, com fundamento no art. 12, inciso I, da mesma lei, à suspensão dos direitos políticos por 8 anos, ao pagamento de multa civil equivalente a 50% do valor do acréscimo patrimonial auferido a título de 13º salário e abono de férias durante os seus mandatos como prefeito de Barretos, entre 1997 e 2004, a ser apurado em liquidação de sentença, bem como a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário. Inconformado com sua condenação o réu apelou.

Porém, a 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, em decisão unânime, manteve a condenação *a quo*²⁰⁵. De acordo com o desembargador relator, o ato, praticado sem lei prévia, caracteriza o desvio de finalidade e, no caso específico, presente o dolo, também a conduta ímproba. Sabe-se que, a partir do início do século passado, torna-se vitoriosa no Direito Constitucional a ideia da vinculação positiva (e não mais a mera vinculação negativa): o agente público somente pode fazer o que for permitido, expressamente, pela lei. Com base nesses fundamentos, negou provimento ao recurso, com a observação no que concerne à perda da função pública, que se impõe, mas sua aplicação dar-se-á quando do trânsito em julgado da decisão e a penalidade atingirá

²⁰⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação n. 0216265-21.2008.8.26.0000, da 9ª Câmara de Direito Público, São Paulo, SP, 15 de junho de 2011. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/>>. Acesso em: 07 fev. 2015.

qualquer cargo ou função pública eventualmente exercido, de provimento em comissão, eletivo, por nomeação ou designação, salvo as nomeações decorrentes de concurso a cargos de provimento efetivo, ocupado regularmente.

5.6 DAS LIMINARES

Para servir como efetivo instrumento à cidadania nos moldes supra, a ação civil de improbidade é uma via processual que comporta tanto pedidos principais como pedidos liminares com natureza cautelar destinados à proteção e recomposição do erário lesado.

Cautelarmente são possíveis a decretação da indisponibilidade e o sequestro de bens dos réus, bem como a decretação de afastamento provisório do agente público do cargo, emprego ou função que ocupa, perdurando a medida até o encerramento da fase de instrução probatória, desde que sempre estejam fundamentadamente presentes o *periculum in mora* e o *fumus boni juris*.

O ímprobo que lesou ou está lesando a moralidade administrativa representa um risco e uma afronta à coletividade como um todo, justificando-se assim seu afastamento provisório, desde que não haja outra medida adequada e menos gravosa, e concomitantemente estejam presentes tradicionalmente o *periculum in mora* e o *fumus boni juris*²⁰⁶.

O *fumus boni juris* estará presente sempre que haja a possibilidade de um provimento condenatório no qual o réu, como agente público, estará sujeito à perda definitiva de sua atribuição laboral junto ao poder público.

²⁰⁶ NEVES, Daniel Assunção Amorim; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de Improbidade Administrativa**. São Paulo: Método, 2012, p. 272.

O *periculum in mora* resta caracterizado sempre que o réu, durante o curso da demanda, continue representando algum risco à probidade administrativa ou à instrução processual, não servindo de fundamento a mera menção à relevância ou posição estratégica do cargo, emprego ou função ocupados. Cite-se risco, por exemplo, como o de cometer novas lesões ao erário, de continuar a enriquecer ilicitamente, a violar princípios da boa administração, ou mesmo de destruir provas do ato de improbidade investigado que estejam ao seu alcance.

Nesta mesma linha de pensamento está a indisponibilidade cautelar de bens (art. 7º, parágrafo único, da Lei de Improbidade), a qual visa garantir a eficácia de uma futura execução por quantia certa, decorrente da aplicação da sanção de reparação integral de danos ou de total perda da vantagem ilícita.

Por meio desta medida o juiz decreta a indisponibilidade patrimonial genérica de forma que os bens constrictos não poderão sair da titularidade do réu durante sua vigência. O juiz não individualiza os bens, somente determina que sejam constrictos bens suficientes à satisfação da futura pretensão executiva.

Não se trata de mero arresto (arts. 813 e 814 do CPC), que só desestimula potenciais adquirentes, é em verdade uma medida de bloqueio patrimonial.

Para esta cautelar o *periculum in mora* decorre da possibilidade de esvaziamento patrimonial por parte do réu, enquanto o *fumus boni juris* deriva da possibilidade de decretação de uma das sanções referidas (reparação integral de danos ou de total perda da vantagem ilícita).

Por sua vez, o sequestro de bens se destina a constriar bens certos e determinados do réu, com a finalidade de restituí-los ao erário caso adquiridos ou desviados ilicitamente; ou de expropriar o ímprobo em caso de aplicação das sanções de reparação integral de danos ou de total perda da vantagem ilícita²⁰⁷.

²⁰⁷ NEVES, Daniel Assunção Amorim; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de Improbidade Administrativa**. São Paulo: Método, 2012, p. 262.

Assegurada a cautelaridade e a viabilidade da instrução probatória, para finalizar o item efetividade, torna-se de rigor uma abordagem acerca do provimento definitivo.

5.7 DO JULGAMENTO E DA COISA JULGADA

Ao propor a ação de improbidade o Ministério Público visa formar um título executivo judicial apto a concretizar a aplicação das sanções previstas no art. 12 da Lei 8.429/1992. E para que se determine o processamento da ação, em obediência ao princípio do *in dubio pro societate*, a fim de possibilitar o maior resguardo do interesse público, a jurisprudência do STJ se posicionou no sentido de ser suficiente a demonstração de existência de indícios razoáveis de prática de atos de improbidade e sua autoria²⁰⁸.

Logo, como deflui da expressa dicção do §8º do art. 17 da Lei 8.429/1992, somente será possível a pronta rejeição da ação, pelo magistrado, caso resulte convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita²⁰⁹.

Em caso de procedência da demanda, diante de um sólido lastro probatório, o juiz aplica as penas previstas no art. 12 da Lei de Improbidade. Para tal medida, como imperativo de Justiça, deve se valer sempre de razoabilidade (relação entre meios e fins) e proporcionalidade (ponderação entre os valores em conflito) quanto ao ato praticado, por exemplo, valorando a extensão dos danos causados ao erário ou do proveito ilícito auferido, evitando excessos ou o aviltamento da tutela jurisdicional.

²⁰⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1197406, da SEGUNDA TURMA, Brasília, DF, 22 de agosto de 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

²⁰⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo Em Recurso Especial n. 400779, da PRIMEIRA TURMA, Brasília, DF, 17 de dezembro de 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 22 dez. 2014.

O Juiz deve primar pela reparação integral ao erário, do mesmo modo deve buscar esvaziar o patrimônio do réu de todos os bens que tenha adquirido ilicitamente em razão do ato ímprobo, e ao mesmo tempo desestimular a reincidência da imoralidade qualificada.

Dentro de tal contexto, caso a conduta do réu se amolde a mais de um dispositivo típico, o juiz deve aplicar somente o tipo mais gravoso, ajustando o peso da sanção conseqüentemente, restando os demais absorvidos. Ou seja, se o réu pratica um ato de enriquecimento ilícito (art. 9º) que se causa prejuízo ao erário (art. 10) e viola princípios da administração (art. 11), o juiz deve aplicar somente as sanções nativas do art. 9º da Lei de Improbidade, no entanto, agravando proporcional e fundamentadamente a pena em razão dos demais ilícitos absorvidos²¹⁰.

Após a eventual etapa recursal, uma vez transitada em julgado a sentença condenatória, dá-se início aos efeitos conseqüentes, em razão da definitividade obtida pela decisão.

É a partir deste momento que ocorrerá a efetiva expropriação de bens, a perda definitiva do cargo emprego ou função pública outrora exercida pelo réu, bem como abre-se o termo inicial para as proibições de contratar com o poder público, de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, e suspensão dos direitos políticos, esta que acarreta a inelegibilidade para os pretensos candidatos a cargos eletivos (art. 20 da Lei de Improbidade).

Conforme leciona o professor Cleber Massson, aparentemente, diante da ausência de previsões especiais na Lei 8.429/1992, em sendo a ação de improbidade uma espécie de ação civil pública sua coisa julgada seguiria os mesmos parâmetros tradicionais das ações coletivas que tutelam um interesse difuso (arts. 103, I, do CDC c/c art. 16²¹¹ da LACP). Ou seja, haveria coisa julgada

²¹⁰ FERRARESI, Enrico. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Método: 2011, p. 153.

²¹¹ Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

secundum eventum litis e secundum eventum probationis, com eficácia *erga omnes*²¹².

Entretanto, neste ponto é cabível um importante questionamento.

Tendo em vista que a ação de improbidade veicula duas espécies jurídicas de pedidos principais, a aplicação das sanções civis próprias ao agente ímprobo e o ressarcimento ao erário, haveria diferenciação com relação aos efeitos da coisa julgada?

A doutrina majoritária, o STF e o STJ entendem que não. Porém, tal negativa não escapa de receber certas críticas, pois a aplicação indiscriminada da coisa julgada *secundum eventum litis e secundum eventum probationis*, em tese, deixaria o réu à mercê de possibilidade de reiteração de demandas.

Tradicionalmente a coisa julgada tem por finalidade propiciar segurança jurídica em razão da estabilização das relações jurídicas, as quais não poderiam ficar indefinidas perenemente.

A eficácia preclusiva da coisa julgada manifesta-se no impedimento que surge, com o trânsito em julgado, à discussão e apreciação das questões suscetíveis de influir, por sua solução, no teor do pronunciamento judicial, ainda que não examinadas pelo juiz. Essas questões perdem, por assim dizer, toda a relevância que pudessem ter em relação à matéria julgada²¹³.

Mais exato parece dizer que a coisa julgada é uma situação jurídica que se forma no momento em que a sentença se converte de instável em estável. É a essa estabilidade característica da nova situação, que a linguagem jurídica se refere ao tratar da autoridade da coisa julgada²¹⁴.

A eficácia *erga omnes* diz respeito à oponibilidade da decisão, ou seja, a sentença judicial deverá ser respeitada por todos os membros da coletividade, visto que trata-se de situação jurídica titularizada por todo um grupo, cujos membros, em

²¹² MASSON, Cleber; ANDRADE, Adriano; ANDRADE, Landolfo. **Interesses Difusos e Coletivos**. São Paulo: Método, 2011, p. 213-219.

²¹³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro*. **Temas de Direito Processual**. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 100.

²¹⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada**, in Revista de Processo nº 34/273, p. 281-282.

consequencia, tornam-se vinculados à coisa julgada. A sentença judicial na ação coletiva gerar efeitos para pessoas que não integravam os polos ativo ou passivo da demanda²¹⁵.

A coisa julgada *secundum eventum probationis* refere-se à possibilidade de repositura da mesma demanda coletiva (com as mesmas partes, mesmos pedidos e mesma causa de pedir), embasada em novas provas substanciais, caso a sentença a tenha julgado anteriormente improcedente por ausência ou insuficiência de provas. Prestigia-se a justiça material em detrimento da segurança jurídica formal²¹⁶.

Esta é uma medida de segurança em favor dos membros da coletividade que não participam da demanda, mas tiveram interesse seu colocado sob a apreciação judicial, no caso, a probidade administrativa.

Por outro lado, a coisa julgada *secundum eventum litis* trata da possibilidade de que a sentença de improcedência não forme coisa julgada material, com a finalidade de não prejudicar interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe que não foram parte na demanda como litisconsortes (art. 103, §1º, do CDC). Ou seja, os sujeitos individuais, efetivos titulares do direito em questão, só serão atingidos pela coisa julgada material, não podendo propor suas demandas individuais, em caso de procedência da demanda coletiva na qual tenham sido litisconsortes.

Nas demais situações, procedência da demanda coletiva em que não tenham sido litisconsortes ou improcedência da demanda coletiva, os sujeitos individuais continuam livres para tutelar em juízo seu direito na integralidade, não sendo prejudicados pelo resultado da demanda molecular.

Entretanto, existem posições pretendendo que a sentença na ação de improbidade, tendo em vista o conteúdo sancionatório, não siga o mesmo regime do sistema coletivo (*secundum eventum litis*), salvo quanto ao ressarcimento pois, neste

²¹⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. Vol. IV. 4ª ed. Salvador: Juspodvm, 2009, p. 356.

²¹⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos*. **Temas de Direito Processual**. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 122.

caso, se tornaria uma ação civil pública idêntica às demais, aplicando a normatização da Lei 7.347/1985²¹⁷.

A ação de improbidade administrativa é uma ação coletiva autônoma, espécie de ação civil pública, que tem rito próprio traçado na Lei nº 8.429/92, cuja legitimidade pertence ao Ministério Público ou à pessoa jurídica interessada, podendo trazer em seu bojo pedidos sancionatórios ao agente ímprobo e de ressarcimento ao erário.

Diante de uma sentença de procedência na ação de improbidade, seu dispositivo faria coisa julgada *erga omnes*, indicando-se que a autoridade da coisa julgada atingiria a todos os membros da coletividade, indistintamente, apenas para beneficiá-los.

Nesse caso, a extensão subjetiva da coisa julgada atingiria o Ministério Público e a pessoa jurídica interessada, ainda que esta não tivesse integrado a relação processual, impedindo que se renovasse a demanda pelos mesmos fundamentos. Contudo, o §2º do art. 17 da Lei de Improbidade permite que a Fazenda Pública promova as ações necessárias à complementação do ressarcimento do patrimônio público quando a condenação na ação anterior for inferior ao *quantum* efetivamente lesado. Logo, a pessoa jurídica poderia valer-se do julgado anterior para pleitear em nova ação a complementação do ressarcimento, ainda que tenha sido a própria Fazenda parte na demanda. Haveria coisa julgada *secundum eventum probationis*²¹⁸.

Por conseguinte, quando a própria Fazenda Pública integrar a relação processual e, mesmo assim, o ressarcimento for inferior ao que depois foi apurado, delineia-se a formação de coisa julgada *secundum eventum probationis*, ou seja, evidenciados novos elementos probatórios não considerados na ação de improbidade administrativa que permitam a aferição de prejuízo maior, estará a Fazenda Pública legitimada a promover a ação necessária à complementação do ressarcimento, sem necessidade, também nesse caso, de discussão a respeito da

²¹⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 94.

²¹⁸ SOBRANE, Sergio Turra. **Improbidade Administrativa: aspectos materiais, dimensão difusa e coisa julgada**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 260.

obrigação de indenizar, que já foi objeto de cognição exauriente na ação de improbidade administrativa.

Sob outra ótica, a improcedência da demanda poderia ocorrer com exaurimento de cognição se, sendo julgado o mérito, todo o conteúdo probatório for avaliado; ou, ainda, por insuficiência de provas.

No caso de improcedência com exaurimento de cognição, a coisa julgada vincularia todos os legitimados, muito embora não causasse qualquer prejuízo aos eventuais interessados, conforme o §1º do art. 103 do CDC.

Havendo improcedência por insuficiência de provas não existiria a formação da coisa julgada material e os legitimados de posse de nova prova poderiam propor nova demanda. Assim, Sobrane elenca as seguintes possibilidades que podem gerar a necessidade de nova prova: (i) a existência da conduta ímproba; (ii) a autoria do ato de improbidade administrativa; (iii) o concurso ou participação do agente público ou de quem com ele praticou o ato impugnado; (iv) o elemento subjetivo necessário à caracterização do ato de improbidade; (v) o nexo causal ou a qualquer outra situação fática que exija demonstração e que, em não sendo feita, acarreta o *non liquet*²¹⁹.

Dinamarco apresenta relevante pensamento quanto a este ponto ao concluir que a ordem constitucional não tolera que se eternizem injustiças a pretexto de não eternizar litígios²²⁰.

Mesmo sendo apta ao manejo de pedidos tão diversos, conforme a corrente majoritária, não haveria de se falar em aplicação de regimes múltiplos sobre a coisa julgada, pois, em se tratando de ação de improbidade somente se aplica o regime da coisa julgada coletiva.

Dessa forma, aplica-se nas ações de improbidade administrativa o mesmo regime da coisa julgada que incide sobre o microssistema coletivo para os interesses difusos, sendo que a procedência ou a improcedência do pedido por qualquer motivo

²¹⁹ SOBRANE, Sergio Turra. **Improbidade Administrativa: aspectos materiais, dimensão difusa e coisa julgada**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 262.

²²⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Relativizar a coisa julgada material**. Revista Forense, v.97, n.358, p. 32.

(que não seja a falta de provas) faz coisa julgada *erga omnes*. Se a improcedência for por falta de provas, não haverá coisa julgada material.

Entretanto, estaria a coisa julgada na ação de improbidade adstrita territorialmente na forma do art. 16 da Lei 8.429/1992?

Conforme o microssistemacoletivo, seguindo-se a determinação contida no referido dispositivo por subsidiariedade, a sentença na ação de improbidade faria coisa julgada *erga omnes*, somente dentro dos limites territoriais de competência do órgão (Tribunal) jurisdicional prolator, impedindo ali a repositura da mesma demanda, exceto se o pedido fosse julgado improcedente por insuficiência de provas.

Por parte da doutrina existem inúmeras e fundadas críticas com relação à aplicação do referido dispositivo às ações civis públicas²²¹.

Basicamente formaram-se duas correntes sobre a aplicabilidade dessa limitação.

Uma primeira corrente aceitaria a limitação territorial, pois cada Tribunal só possui jurisdição para atuar dentro do âmbito de sua competência. Seus filiados alegam que o art. 16 em comento seria aplicável ao campo da ação civil por improbidade administrativa: a) uma, em razão da natureza difusa da tutela do patrimônio público (art. 129, III, da CF), premissa fundamental à incidência da - técnica de tutela processualll concebida pela Lei nº 7.347/1985; b) a duas, em razão da inexistência de qualquer disciplina a esse respeito na Lei 8.429/1992, o que chama a incidência supletiva das regras da LACP e da Lei da Ação Popular; c) a três, em razão da conveniência da adoção da técnica da coisa julgada *secundum eventus litis e in utilibus*, única capaz de potencializar a tutela do patrimônio público, evitando que demandas intencionalmente mal propostas pelos substitutos processuais acabem por aviltar os escopos perseguidos pelo legislador constituinte e pela própria Lei nº 8.429/92²²².

²²¹ NEVES, Daniel Assunção Amorim; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de Improbidade Administrativa**. São Paulo: Método, 2012, p. 242.

²²² Idem, p. 240.

A corrente contrária não aceita referida limitação, visto que a previsão contida no art. 16 da LACP seria inócua, na medida em que o art. 103 do CDC (norma geral e posterior sobre o mesmo tema) só restringiria os efeitos da coisa julgada ao tipo de direito metaindividual violado e à extensão dos danos²²³.

Na própria jurisprudência é mantida a divergência, constando diversos julgados favoráveis ao art. 16 (STJ, EDcl no REsp 167328, DJe 16/03/2011; STJ, REsp 1243386, DJe 26/06/2012; STJ, AgRg no REsp 1134957, DJe 17/12/2012) e diversos outros contrários (STJ, REsp 1243887, Corte Especial, DJe 12/12/2011; STJ - REsp 901548, DJe 10/05/2012; STJ, AgRg no REsp 1094116, DJe 27/05/2013; STJ, AgRg no AREsp 192687, DJe 02/05/2013).

Para Ada Pellegrini, uma análise conjunta dos arts. 16 da LACP e 103 do CDC demonstra que referido art. 16 somente poderia ser aplicados aos direitos difusos e coletivos, visto que estritamente estes produziram coisa julgada *secundum eventum probationis*, o que não seria o caso dos direitos individuais homogêneos²²⁴.

Apesar da existência de críticas, o STJ em seus julgamentos mais recentes, dentre os quais um oriundo de sua Corte Especial, vem decidindo pela não aplicação da previsão contida no art. 16 da LACP.

De toda sorte, os efeitos da coisa julgada não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe, e, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução.

Por fim, no cenário pátrio contemporâneo, como consequência da busca por efetividade na tutela dos interesses metaindividuais, existem inúmeras demandas coletivas propostas ao longo de todo o território nacional, tanto na justiça federal quanto na estadual. Por este motivo o Conselho Nacional de Justiça criou

²²³ Idem, p. 241.

²²⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. A ação civil pública refém do autoritarismo. **O processo - estudos & pareceres**. São Paulo: DPJ, 2006, p. 242.

Fórum Nacional das Ações Coletivas, dotado de caráter permanente e regulamentado por meio de sua Resolução 138/2011²²⁵.

Tal órgão se destina ao acompanhamento e monitoramento das ações e à resolução de questões que tenham por objeto direitos e interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos, conflituosas ou não, que ponham em risco a funcionalidade do Sistema de Justiça ou exijam ações concretas para assegurar estabilidade jurídica e efetividade dos direitos.

Nos termos do art. 2º da referida Resolução, cabe ao Fórum monitoramento das ações judiciais coletivas, que envolvam direitos e interesses coletivos, difusos ou individuais homogêneos; o estudo e a proposição de outras medidas que, consideradas pertinentes ao cumprimento do objetivo do Fórum, inclusive para o aprimoramento da legislação própria, visem à solução, à prevenção de conflitos e à regularização das questões que envolvam o tema; a propositura de medidas concretas e normativas voltadas à modernização de rotinas processuais, à organização, à especialização e à estruturação das unidades judiciárias com competência sobre as áreas de atuação definidas nos incisos anteriores; e a realização de medidas concretas e ações coordenadas com vistas ao combate da fragmentação na resolução dos conflitos.

Todos estes instrumentos e medidas supra sempre se posicionam orientados por um norte, o bem comum, o melhor interesse da coletividade, o interesse público primário.

A estrutura estatal e o ordenamento devem se destinar única e exclusivamente para a proteção à legítima vontade da coletividade, não podendo em hipótese absolutamente nenhuma servir como meios ou instrumentos de opressão, controle de massa e escudo para a corrupção e exploração dos cidadãos.

Deste modo, tendo em vista que o papel de um cidadão no Estado Democrático assemelha-se ao de um diretor em uma grande empresa, responsável por exprimir seus votos e pensamentos cujo somatório forma a legítima vontade do

²²⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 138, de 21 de julho de 2011. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/15149-resolucao-n-138-de-21-de-julho-de-2011>>. Acesso em 11 dez. 2014.

ente moral, a proteção da probidade na condução da coisa pública revela-se fundamental para a concretização diária da real vontade da coletividade.

E em sendo o Ministério Público um pilar essencial e inerente ao Estado Democrático de Direito, deve sempre estar equipado com os melhores instrumentos voltados a proporcionar a maior efetividade possível na defesa dos valores mais caros da coletividade, na medida em que apresenta ao longo de toda a sua atuação funcional a legítima vontade do cidadão.

Portanto, sendo a ação civil de improbidade uma das principais ferramentas para a tutela da moralidade e probidade administrativas, ao ser manejada pelo *Parquet*, figura esta como efetivo instrumento de proteção da própria cidadania.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo da História diversas foram as formas de manutenção da paz e prosperidade em meio aos grupamentos humanos. Muitos foram os sistemas de Governo e espécies de Estado.

O homem, por questões de conveniência e oportunidade, busca conviver em coletividade, mas para que esta convivência fosse benéfica e produtiva, tornava-se sempre necessário o estabelecimento de regras e padrões de conduta.

Conforme as coletividades evoluem e a complexidade das relações cresce exponencialmente novos direitos são reconhecidos e criados.

Dentre os direitos essenciais está a dignidade da pessoa humana, um valor fundamental constitucional que norteia todas as atividades realizadas nos âmbitos nacional e internacional.

Naturalmente, cada indivíduo busca atender a seus interesses e necessidades, mas também aos de seu grupo. Mas em certas ocasiões as pretensões dos grupos e dos indivíduos se contrapõem, nasce então um litígio.

Na pacificação dos litígios valores, princípios e bens jurídicos são sopesados para determinar no caso concreto qual deve prevalecer, em tese alcançando a pacificação por meio da solução menos gravosa aos litigantes.

Para prevenir e impedir o desrespeito a tais elementos essenciais à coletividade torna-se inevitável e necessária a criação de instrumentos estatais destinados à proteção dos bens jurídicos inerentes, bem como à educação civilizatória, sancionando os infratores que a compõe.

Ao Estado compete a heterocomposição e o *jus puniendi*, em regra não cabendo mais aos indivíduos obter suas pretensões à força, fazendo justiça com as próprias mãos, sob pena de perpetuarem a barbárie, tornando-se transgressores às normas, passíveis de responsabilização.

O Estado somente existe como decorrência de sua criação pelo ser humano. Ou seja, sem o Homem não existe Estado, havendo então uma clara relação de dependência. Entretanto, dentre os filósofos, pensadores políticos e teóricos constitucionalistas há uma divergência na medida em que alguns acreditam que o Estado existe para servir de instrumento ao Homem, já outros alegam que o Homem existe para servir ao Estado.

O Estado Democrático decorre do princípio da soberania popular, o qual assegura a participação efetiva e operante dos cidadãos na coisa pública, servindo como garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana. É o governo do povo, pelo povo e para o povo.

Em uma Democracia ("*demo kratos*") há um regime de governo no qual o poder de tomada das mais importantes decisões políticas está nas mãos do povo, direta ou indiretamente, de forma tal que a concretização da cidadania depende da legítima expressão da vontade dos cidadãos membros da coletividade.

O cidadão é um membro elementar na composição estrutural de qualquer Estado. É o sujeito possuidor de um vínculo político e jurídico com o Estado do qual faz parte, de forma tal que cada indivíduo representa um pilar, cujo somatório fornece a estrutura-base sobre a qual se sustenta a edificação do ente ideal.

Cidadão, em sentido lato, é o membro de uma coletividade, titular capaz de desempenhar um papel social ao exercer uma parcela da soberania geral. Enquanto o povo corresponde ao conjunto de pessoas que podem ser encontradas no território de determinado Estado, sejam cidadãos ou não. Já o nacional seria o titular de um vínculo político-jurídico com o Estado ao qual pertence, como, por exemplo, o brasileiro nato ou naturalizado que possui um vínculo com a República Federativa do Brasil.

Por sua vez, o cidadão em sentido estrito é o indivíduo que possui capacidade eleitoral ativa, ou seja, é o sujeito apto a votar ou exercer sua cidadania diretamente por meio dos instrumentos disponíveis, desde que preencha os requisitos legais. Deste modo, nem todo indivíduo é cidadão e nem todo brasileiro está apto a votar ou se valer dos instrumentos de democracia direta.

Em uma verdadeira democracia cada cidadão é um membro da mesa diretora que conduz a nação.

Entretanto, para que esta diretriz primária de existência se mantenha, alguns bens jurídicos devem estar efetivamente protegidos, dentre eles a moralidade e probidade administrativas, tutelando a gestão e condução da coisa pública contra a conhecida “corrupção”, na medida em que cada desvio ímprobo afeta não somente a pessoa jurídica estatal, mas lesa moral e até patrimonialmente a coletividade como um todo, questionando inclusive se continua mantida a legitimidade dos atos de governo que estão sendo praticados.

Em geral há uma preocupação crescente com o combate à corrupção, com a delimitação de padrões éticos, de eficiência administrativa e de controle da gestão pública, como forma de efetivação do republicanismo e do Estado Democrático de Direito. Isto, pois, a imoralidade administrativa é inimiga da República e da legítima Democracia, traduzindo-se em um desvirtuamento, no uso privado da coisa pública, na prática de atos destinados à busca do “bem, satisfação e felicidade individuais” em prejuízo do “bem comum e felicidades coletiva”.

Como se não bastasse, a probidade administrativa é um direito humano difuso de terceira geração, justificando por outra ótica sua proteção através do microssistema processual coletivo.

Em sendo a moralidade administrativa um bem jurídico dotado de tutela estatal, a proteção à probidade urge como essencial à legitimidade e à existência saudável de um Estado Democrático de Direito.

A improbidade administrativa é uma violência intolerável contra a coletividade que enfraquece o poder de atuação do Estado, mina a credibilidade dos governantes e avilta a dignidade dos cidadãos das mais variadas formas, criando risco tanto ao pacto social quanto à própria função legítima que justifica a existência contratualista do Estado.

No mundo existem diversos instrumentos e instituições destinados à defesa de bens jurídicos.

Por sua vez, no Brasil, a República Federativa, constituída como um Estado Democrático de Direito, elegeu e destacou em sua Carta Magna a essencialidade do Ministério Público como instituição legitimada à defesa dos valores de maior relevância, dentre os quais estão a moralidade e probidade administrativas (arts. 127, 129, III, e 37 da CF).

Em sua concepção histórica, o Ministério Público surge sempre como reflexo do regime político adotado (democrático ou autoritário). Por esta razão nos regimes democráticos a existência do MP é essencial e indispensável, na medida em que a instituição incumbe a defesa dos legítimos e mais caros interesses da coletividade, materializando-se como um pilar fundamental de cidadania.

A defesa do regime democrático é um dever institucional de tutelar concretamente os valores fundamentais dos cidadãos concernentes aos direitos à liberdade, igualdade, fraternidade, dignidade, direitos sociais e direitos de participação política na condução do Estado.

O Ministério Público no Brasil é uma instituição una, mas formada por 28 instituições diferentes, dentre elas o Ministério Público Federal e os Ministérios Públicos estaduais, ambos legitimados para a propositura da ação civil de improbidade.

O Ministério Público Federal é uma instituição com atuação em todo o território nacional, cujas atribuições são extraídas a partir da competência da Justiça Federal fixada no art. 109 da CF/1988.

O Ministério Público estadual é uma instituição que só tem atribuição para atuar dentro do território do Estado-membro ao qual integra. É um órgão com atribuição subsidiária identificada por um processo de exclusão a partir das atribuições especiais destinados aos demais Ministérios Públicos.

O ordenamento jurídico prevê nos três âmbitos (legislativo, administrativo e judicial) uma série de mecanismos destinados a prevenir e reprimir a prática de atos de improbidade. Um dos principais e mais efetivos é o objeto do presente estudo, ao ser manejado pelo Ministério Público.

A proteção à moralidade pode ser promovida pela referida instituição judicial ou extrajudicialmente.

Ao *Parquet*, no âmbito extrajudicial, compete a fiscalização preventiva do interesse público ao realizar suas atividades de investigação, formalizadas por meio de procedimentos preparatórios ao inquérito civil público, os próprios inquéritos civis públicos, bem como a celebração de termos de ajustamento de conduta e expedição de recomendações.

Ao final de qualquer apuração inquisitorial, cabe ao membro do *Parquet* valorar se irá se manifestar pelo arquivamento, se oferecerá uma recomendação ou um termo de ajustamento de conduta, ou se possui elementos mínimos suficientes para propor uma ação de improbidade, iniciando assim a etapa judicial da tutela metaindividual.

No âmbito judicial, prevê a Constituição de 1988 dois instrumentos processuais próprios destinados à tutela da moralidade administrativa: (i) a ação popular; e (ii) a ação civil de improbidade, duas espécies do gênero ações coletivas.

Atualmente as ações coletivas são um gênero regulado pelo microssistema processual coletivo formado em razão da conjunção entre o art. 90 da Lei 8.078/1990 e o art. 21 da Lei 7.347/1985, tendo como espécies ação civil pública (gênero do qual a ação de improbidade é espécie), a ação popular e o mandado de segurança coletivo.

Conforme o princípio da integração, no microssistema processual coletivo existe uma integração central entre a Lei da Ação Civil Pública e o CDC (art. 21 c/c art. 90), um núcleo com previsões remissivas recíprocas, formando um “tronco base coletivo”, em torno do qual todas as demais normas se interrelacionam de modo coerente em um “diálogo das fontes”. Em torno deste tronco base existem diversas leis especiais que integram o referido sistema, irradiando previsões conforme cada compatibilidade respectiva.

Seguindo-se o entendimento majoritário, a ação civil de improbidade é uma espécie de ação civil pública, integrante do microssistema processual coletivo, possuindo, contudo previsões especiais decorrentes da incidência da Lei

8.429/1992. É propriamente uma ação de conhecimento que veicula uma pretensão condenatória, por meio de um rito ordinário.

A ação de improbidade tutela o bem jurídico “probidade administrativa”, ou seja, seu objeto é mais restrito do que aquele tutelado por meio de uma ação popular ou de uma ação civil pública comum. Isto, pois, esta tutela o patrimônio público em sentido amplo, abrangendo tanto bens e direitos dotados de valor econômico, quanto bens e direitos materiais e imateriais de outras ordens, como artístico, estético, histórico turístico, ambiental, etc; enquanto aquela tutela o patrimônio público em sentido estrito, alcançando somente o erário (público), especificamente o dinheiro e os bens materiais de valor econômico, ainda que ambas tutelem eventuais violações aos princípios da boa administração.

Em razão de sua especialidade, uma vez adotada a corrente majoritária, somente a ação de improbidade apresenta-se como a via a adequada para a aplicação das sanções próprias previstas no art. 12 da Lei 8.429/1992 em caso de provimento condenatório.

Nada impede que um cidadão busque via ação popular a anulação do ato lesivo ao patrimônio público e a consequente condenação do réu ao ressarcimento integral dos danos, visto tratar-se de sanção imprópria quanto à prática de ato de improbidade.

Deste modo, quanto à tutela processual a ser realizada por meio da ação de improbidade a legitimidade, o interesse e a efetividade são os aspectos com maior pertinência ao presente estudo.

O interesse jurídico do Ministério Público para a propositura de uma ação de improbidade decorre de sua atribuição constitucional que lhe determina o dever zelar pelo interesse público e proteger os direitos metaindividuais contra qualquer lesão ou ameaça concreta de lesão dotada de interesse social.

Já sua legitimidade processual para referida demanda consta expressamente contida no art. 17, *caput*, da Lei 8.429/1992.

Com relação à efetividade, uma justiça meramente formal não é justiça, na medida em que não pacifica o litígio, não resolve o conflito de interesses colocado para sua apreciação.

De nada adianta uma ação ser julgada procedente se o bem da vida não estiver ao alcance para sua concretização.

A ação civil de improbidade é uma via processual que comporta tanto pedidos principais como pedidos liminares, estes com natureza cautelar destinados à acautelar as possíveis futuras proteção e recomposição do erário lesado.

Cautelarmente, como medidas nominadas, são possíveis a decretação a indisponibilidade e o sequestro de bens dos réus, bem como a decretação de afastamento provisório do agente público do cargo, emprego ou função que ocupa, perdurando a medida até o encerramento da fase de instrução probatória, desde que sempre estejam fundamentadamente presentes o *periculum in mora* e o *fumus boni juris*.

Ao propor a ação de improbidade o Ministério Público visa formar um título executivo judicial apto a concretizar a aplicação das sanções previstas no art. 12 da Lei 8.429/1992. E para que se determine o processamento da ação, em obediência ao princípio do *in dubio pro societate*, a fim de possibilitar o maior resguardo do interesse público, a jurisprudência do STJ se posiciona no sentido de ser suficiente a demonstração de existência de indícios razoáveis de prática de atos de improbidade e sua autoria.

Em caso de procedência da demanda, diante de um sólido lastro probatório, o juiz aplica concretamente as penas abstratas previstas no art. 12 da Lei de Improbidade.

Para tal medida, como imperativo de Justiça, deve se valer sempre de razoabilidade (relação entre meios e fins) e proporcionalidade (ponderação entre os valores em conflito) quanto ao ato praticado, por exemplo, valorando a extensão dos danos causados ao erário ou do proveito ilícito auferido, evitando excessos ou o aviltamento da tutela jurisdicional.

Após a eventual etapa recursal, uma vez transitada em julgado a sentença condenatória, dá-se início aos efeitos consequentes, por tornar-se a decisão definitiva. É a partir deste momento que ocorrerá a efetiva expropriação de bens, a perda definitiva do cargo emprego ou função pública outrora exercida pelo réu, bem como abre-se o termo inicial para as proibições de contratar com o poder público, de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, e suspensão dos direitos políticos, esta que acarreta a inelegibilidade para os pretensos candidatos a cargos eletivos.

Diante da ausência de previsões especiais na Lei 8.429/1992, em sendo a ação de improbidade uma espécie de ação civil pública sua coisa julgada segue os mesmos parâmetros tradicionais das ações coletivas que tutelam um interesse difuso.

Assim como os demais instrumentos, a ação civil de improbidade se posiciona orientada por um norte, o bem comum, o melhor interesse da coletividade, o interesse público primário, sendo a democracia a legítima expressão da vontade coletiva, figurando o Poder Judiciário como a última barreira de defesa e proteção do cidadão frente à ilegalidade, haja vista constar a probidade como um dos pilares que sustentam a existência saudável de um legítimo regime democrático.

Deste modo, tendo em vista o papel de um cidadão no Estado Democrático, a proteção da probidade na condução da coisa pública revela-se fundamental para a concretização diária da real vontade da coletividade.

Neste cenário o Ministério Público como pilar essencial e inerente ao Estado Democrático de Direito, deve sempre estar equipado com os melhores instrumentos voltados a proporcionar a maior efetividade possível na defesa dos valores mais caros da coletividade, na medida em que apresenta ao longo de toda a sua atuação funcional a legítima vontade do cidadão.

Portanto, o microsistema processual coletivo ao disponibilizar instrumentos aptos e efetivos à proteção da moralidade administrativa cria um âmbito de tutela à própria cidadania e aos verdadeiros interesses da coletividade. E sendo a ação civil de improbidade uma das principais ferramentas para a proteção da probidade administrativa, ao ser manejada pelo Ministério Público - cabal

representante dos legítimos interesses de uma sociedade democrática, sendo ambos essenciais e indispensáveis à proteção da moralidade administrativa, à própria cidadania e à existência saudável e legitimidade de um Estado Democrático Direito, sem os quais a até mesmo a estrutura e estabilidade pacífica do pacto social correriam sério risco de serem rompidas, colocando em xeque a própria dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 19ª ed., São Paulo: Método, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

AMARAL, Roberto. A Democracia Representativa está Morta; Viva a Democracia Participativa. In **Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2003.

ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. Tradução Roberto Raposo, 11ª. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARRETTO, Rafael. **Direitos Humanos**. 3ª ed., Salvador: Juspodvm, 2013.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **A Quinta Geração de Direitos Fundamentais**. Disponível em: <http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/3_Doutrina_5.pdf>. Acesso em 15 jul. 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm>. Acesso em 26 jun. 2013.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm>. Acesso em 26 jun. 2013.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 138, de 21 de julho de 2011. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoes-presidencia/15149-resolucao-n-138-de-21-de-julho-de-2011>>. Acesso em 11 dez. 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao_Compilado.htm>. Acesso em 26 jun. 2010.

BRASIL. Dispõe sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários. Lei n. 7.913, de 07 de dezembro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7913.htm>. Acesso em 10 dez. 2014.

BRASIL. Estatuto da Cidade. Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm>. Acesso em 10 dez. 2014.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em 10 dez. 2014.

BRASIL. Estatuto da Metrópole. Lei n. 13.089, de 12 de janeiro de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13089.htm>. Acesso em 13 jan. 2015.

BRASIL. Estatuto do Idoso. Lei n. 10.741, de 01 de outubro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10741.htm>. Acesso em 10 dez. 2014.

BRASIL. Estatuto do Ministério Público da União. Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm>. Acesso em 10 dez. 2014.

BRASIL. Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado de São Paulo. Lei Estadual de São Paulo n. 10.261, de 28 de outubro de 1968. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1968/lei-10261-28.10.1968.html>>. Acesso em 10 dez. 2014.

BRASIL. Estatuto dos Servidores Cíveis da União. Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm>. Acesso em 10 dez. 2014.

BRASIL. Lei das Eleições. Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504compilado.htm>. Acesso em 10 dez. 2014.

BRASIL. Lei de Acesso à Informação. Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em 10 dez. 2014.

BRASIL. Lei de Crimes de Responsabilidade de Prefeitos e Vereadores. Decreto-Lei n. 201, de 27 de fevereiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0201compilado.htm>. Acesso em 10 dez. 2014.

BRASIL. Lei de Crimes de Responsabilidade. Lei n. 1.079, de 10 de abril de 1950. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1079.htm>. Acesso em 10 dez. 2014.

BRASIL. Lei de Improbidade Administrativa. Lei n. 8.429, de 02 de junho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429compilado.htm>. Acesso em 10 dez. 2014.

BRASIL. Lei de Portadores de Deficiência e sua Integração. Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7853.htm>. Acesso em 10 dez. 2014.

BRASIL. Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm>. Acesso em 15 jul. 2013.

BRASIL. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm>. Acesso em 15 jul. 2013.

BRASIL. Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Lei Complementar n. 35, de 14 de março de 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm>. Acesso em 10 dez. 2014.

BRASIL. Lei Orgânica Nacional do Ministério Público. Lei n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8625.htm>. Acesso em 10 dez. 2014.

BRASIL. Lei que Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em 10 dez. 2014.

BRASIL. Revista VEJA. *O PT desviou meio bilhão de reais dos cofres da Petrobras ao longo de dez anos. O dinheiro foi usado, entre outras coisas, para financiar as campanhas eleitorais do partido de 2010 e 2014.* 07 de fevereiro de 2015. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/o-homem-da-mochila>>. Acesso em: 07 fev 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação de Improbidade Administrativa n. 30, da CORTE ESPECIAL, Brasília, DF, 28 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial n. 1126079, da PRIMEIRA TURMA, Brasília, DF, 02 de junho de 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial n. 1243779, da PRIMEIRA TURMA, Brasília, DF, 30 de junho de 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial n. 1043307, da SEGUNDA TURMA, Brasília, DF, 20 de abril de 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial n. 1356217, da SEGUNDA TURMA, Brasília, DF, 20 de junho de 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo Em Recurso Especial n. 400779, da PRIMEIRA TURMA, Brasília, DF, 17 de dezembro de 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 22 dez. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo De Instrumento n. 1249132, da PRIMEIRA TURMA, Brasília, DF, 09 de setembro de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 149487, da SEGUNDA TURMA, Brasília, DF, 29 de junho de 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 270027, da SEGUNDA TURMA, Brasília, DF, 03 de dezembro de 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 560613, da SEGUNDA TURMA, Brasília, DF, 09 de dezembro de 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 73968, da PRIMEIRA TURMA, Brasília, DF, 29 de outubro de 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 533862, da SEGUNDA TURMA, Brasília, DF, 04 de dezembro de 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1325577, da PRIMEIRA TURMA, Brasília, DF, 17 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1075882, da PRIMEIRA TURMA, Brasília, DF, 12 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1091420, da SEGUNDA TURMA, Brasília, DF, 05 de novembro de 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1101585, da PRIMEIRA TURMA, Brasília, DF, 25 de abril de 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1129121, da SEGUNDA TURMA, Brasília, DF, 15 de março de 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1196581, da PRIMEIRA TURMA, Brasília, DF, 02 de fevereiro de 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1197406, da SEGUNDA TURMA, Brasília, DF, 22 de agosto de 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1199095, da PRIMEIRA TURMA, Brasília, DF, 09 de dezembro de 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1221254, da PRIMEIRA TURMA, Brasília, DF, 13 de junho de 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1271679, da SEGUNDA TURMA, Brasília, DF, 05 de maio de 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1282445, da PRIMEIRA TURMA, Brasília, DF, 21 de outubro de 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1407862, da SEGUNDA TURMA, Brasília, DF, 18 de dezembro de 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 19 dez. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1444484, da PRIMEIRA TURMA, Brasília, DF, 29 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 827445, da PRIMEIRA TURMA, Brasília, DF, 08 de março de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 970393, da PRIMEIRA TURMA, Brasília, DF, 29 de junho de 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 976896, da PRIMEIRA TURMA, Brasília, DF, 15 de outubro de 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3685, Pleno do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 26 de setembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 19 jul. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 786438, Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 20 de novembro de 2014. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 19 dez. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 377114, Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 29 de agosto de 2014. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 19 dez. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito n. 3776, Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 04 de novembro de 2014. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 19 dez. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 2138, do Pleno, Brasília, DF, 26 de setembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 14 abr. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 2138, Pleno do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 18 de abril de 2008. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 19 dez. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 2138, Pleno do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 18 de abril de 2008. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 19 dez. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação n. 0216265-21.2008.8.26.0000, da 9ª Câmara de Direito Público, São Paulo, SP, 15 de junho de 2011. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/>>. Acesso em: 07 fev. 2015.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed., Coimbra: Almeida, 2003.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 7ª ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed., Salvador: Ed. Juspodivm, 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 23ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. Vol. IV. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Vol. 1. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Relativizar a coisa julgada material**. Revista Forense, v.97, n.358, p. 32.

DINAMARCO, Cândido. **A instrumentalidade do processo**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 46.

FERRARESI, Enrico. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Método: 2011.

FERRARESI, Eurico. **Inquérito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 312.

FONSECA, Bruno Gomes Borges da. **A legitimidade ativa do Ministério Público no mandado de segurança coletivo**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3060, 17 nov. 2011 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20449>>. Acesso em: 11 jul. 2013.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GARCIA, Maria. **Desobediência Civil: direito fundamental**. 2ª ed. São Paulo: RT, 1994.

GIDI, Antônio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada**. São Paulo: RT, 2007. p. 101-102.

GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A ação civil pública refém do autoritarismo. **O processo - estudos & pareceres**. São Paulo: DPJ, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos De Araújo. **Teoria Geral do Processo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 251.

GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. **Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: RT, 2007.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**, v. II, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos: tradução de Leopoldo Holzbach.** São Paulo, ed.: Martin Claret, 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** 8ª ed. São Paulo: Martins fontes, 2009.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático.** 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOCKE, Jonh. **Segundo Tratado Do Governo Civil.** São Paulo: Martin Claret, 2002.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe.** São Paulo: Martin Claret, 2002.

MASSON, Cleber; ANDRADE, Adriano; ANDRADE, Landolfo. **Interesses Difusos e Coletivos.** São Paulo: Método, 2011.

MAZZEI, Rodrigo Dias; NOLASCO, Rita Dias. **Processo Civil Coletivo.** São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo.** 22ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Intervenção do Ministério Público no processo civil: críticas e perspectivas.** São Paulo: RT. 2003.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime Jurídico do Ministério Público.** São Paulo: Saraiva, 2001.

MEIRELLES, Helly Lopes; WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais.** 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional.** 2ª ed. São Paulo: RT, 2010.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição.** 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis.** São Paulo: Martin Claret, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos.** *Temas de Direito Processual.* São Paulo: Saraiva, 1977.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Apontamentos para um estudo sistemático da legislação extraordinária.** RT, Vol. 404.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada,** in Revista de Processo n. 34/273.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro. Temas de Direito Processual.** São Paulo: Saraiva, 1977.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal.** 9ª ed. São Paulo: RT, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado.** 7ª ed. São Paulo : RT, 2004, p.339.

NEVES, Daniel Assunção Amorim; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de Improbidade Administrativa.** São Paulo: Método, 2012.

PASCHOAL, Maximillian Fierro. A representatividade adequada e a discussão quanto à possibilidade do seu controle judicial no Brasil. *In*: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). **As grandes transformações do processo civil brasileiro. Homenagem ao professor Kazuo Watanabe.** São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 885-886.

PAZZAGLINI FILHO, Mário; ELIAS ROSA, Márcio Fernando e FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa.** São Paulo: Atlas, 1996.

PLATÃO. **A República.** São Paulo: Martin Claret, 2002.

RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Ministério Público – Reflexões sobre Princípios e Funções Institucionais.** São Paulo: Atlas, 2010.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Improbidade Administrativa e finanças públicas.** *Boletim de Direito Administrativo*, dez. 2000.

RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ROLLAND, Romain. **O Pensamento vivo de Rousseau.** São Paulo: USP, 1975.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social.** São Paulo: Martin Claret, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SILVA, José Afonso da. **O Estado Democrático de Direito.** *In* Direito Constitucional: Teoria Geral do Estado. Vol. II. Org. Clèmerson Merlin Clève e Luis Roberto Barroso. São Paulo: RT, 2011.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais.** 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1988.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SOBRANE, Sergio Turra. **Improbidade Administrativa: aspectos materiais, dimensão difusa e coisa julgada.** São Paulo: Atlas, 2010.

SPITZCOVSKY, Celso. **Direito Administrativo**. 10ª ed. São Paulo: Método, 2008.

Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 553972, da SEGUNDA TURMA, Brasília, DF, 03 de fevereiro de 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 07 fev. 2015.

Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1407862, da SEGUNDA TURMA, Brasília, DF, 19 de dezembro de 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 07 fev. 2015.

Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1489024, da PRIMEIRA TURMA, Brasília, DF, 11 de dezembro de 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 07 fev. 2015.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 2ª ed. São Paulo: Método, 2012.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Algumas Observações sobre a Ação Civil Pública e outras Ações Coletivas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 90, n. 788, p. 57-75, jun. 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. I. 48ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Class actions e mandado de segurança coletivo**. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 21-22.

United States of America. Federal Rule of Civil Procedure. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_23>. Acesso em: 01 ago. 2013.

VASCONCELOS, Clever Rodolfo Carvalho. **Ministério Público na Constituição Federal – Doutrina esquematizada e Jurisprudência – Comentários aos artigos 127 a 130 da Constituição Federal**. São Paulo: Atlas, 2009.

WATANABE, Kazuo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

WATANABE, Kazuo. **Demandas Coletivas e os problemas emergentes da práxis forense**. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1992, n. 67.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.