

A RELAÇÃO ENTRE A AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A AÇÃO CIVIL PÚBLICA

THE RELATION BETWEEN THE IMPROBITY ADMINISTRATIVE IMPROBITY LAW AND THE PUBLIC CIVIL ACTION

Tagore Neves dos Anjos Brandão de Almeida

Thiago Villas Bôas Alves

RESUMO:

Atualmente, há uma tendência de garantir uma maior proteção sobre os direitos difusos, coletivos e transindividuais em todas as áreas do Direito. Dentro do sistema atual, o principal responsável pela tutela desses direitos é o Ministério Público. Cada vez mais, percebemos a atuação mais efetiva desse ente ministerial, como também podemos perceber facilmente a sua grande importância social dentro do atual contexto. Nesse panorama, a necessidade de analisar os principais instrumentos utilizados por esse órgão na tutela desses bens é muito importante. Duas grandes ferramentas são Ação de Improbidade Administrativa e a Ação Civil Pública. Apesar de serem reguladas por diferentes dispositivos legais, as suas características e elementos em comum são fatores decisivos para que elas devam ser usadas de forma integrada. Decorrente disso pode-se assim dizer que a Ação de Improbidade Administrativa é uma espécie de Ação Civil Pública.

PALAVRAS-CHAVE: Ação de Improbidade Administrativa; Ação Civil Pública; Ministério Público; Direitos Difusos

ABSTRACT:

Currently, there is a tendency to provide greater protection over the diffuse rights, collective rights and trans-rights in all areas of law. Within the current system, the primary responsibility for protection of these rights is the Prosecutor. Increasingly, we realize the more effective performance of the Prosecutor, we can also easily understand its great social importance in the current context. In this case, the need to examine the main instruments used by the Prosecutor in the protection of these rights is very important. Two major tools are Administrative Improbability Law and Public Civil Action. Although they are regulated by different legal devices, their characteristics and common elements are decisive factors for which they are to be used in an integrated manner. Arising from this one can thus say that the Administrative Improbability Law is a kind of Public Civil Action.

KEYWORDS: Administrative Improbability Law; Public Civil Action; Prosecutor; Diffuse Rights

INTRODUÇÃO

A tutela de direitos difusos sempre foi assunto controvertido na doutrina, de fato que se busca cada vez mais que estes direitos tenham sua aplicação mais efetiva, ainda mais no

contexto brasileiro, que tem sua história comumente ligada aos escândalos de corrupção e fraude, que se complementa com uma realidade miserável e uma desigualdade social acentuada.

Busca-se de fato um Estado Democrático de Direito voltado ao Estado Social, na forma de uma administração mais atenta a seus princípios, principalmente o da moralidade e da probidade, desta forma, foram criados mecanismos capazes de ao menos serem embativos, nessa busca por uma administração proba e eficiente.

Tem-se na figura do Ministério Público o defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, como versa expressamente a Constituição, ao Ministério Público cabe promover o inquérito civil e a Ação Civil Pública, de modo a proteger o patrimônio público e social, o meio ambiente, bem como outros interesses difusos e coletivos. Ainda na ceara dos direitos difusos, é possível que se note uma íntima relação com a Ação de Improbidade Administrativa, uma dos mais importantes instrumentos de combate a corrupção e tutela desses direitos transindividuais, no entando, esta inter-relação entre elas não é aceita por parte da doutrina, que se manifesta contrária à sua utilização de forma integrada.

É neste contexto que se insere o presente trabalho, de modo a buscar demonstrar uma utilização mais adequada das ações de improbidade e Civil Pública, de forma integrada pelo Ministério Público, que figura como peça principal na guarda destes direitos tão caros ao coletivo.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

A Ação Civil Pública é formalmente citada pela primeira vez pela Lei Complementar Federal nº 40 de 1981, a Lei Orgânica do Ministério Público, que estabelece as normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público Estadual, a qual versa expressamente em seu Art. 3º, inciso III, a função institucional de promover a Ação Civil Pública, que no entando, ainda precisava ser disciplinada.

A carência de Disciplina Legal perdurou até a criação da lei 7.347/85, que teve como objeto criar uma ação para responsabilizar contra danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Além de que, trata em seu inciso IV, de outros interesses difusos, mas que foi vetado em decorrência da expressão “qualquer interesse difuso” ter uma grande abrangência, fato que iria de encontro a segurança jurídica (Diário Oficial da União, 25 de julho de 1985 – Veto do Presidente José Sarney ao projeto de lei). A população perdeu assim uma importante arma de tutela aos seus direitos difusos, limitando o Ministério Público e os demais legitimados àquilo que não havia sido vetado.

Com o advento a Constituição Federal de 1988, a lei de Ação Civil Pública é recepcionada de forma expressa, onde em seu Art. 129 elenca entre as funções institucionais do Ministério Público a de promover a referida ação. As leis 7.853/89 (apoio ao portador de deficiência) e 7.912/89 (Ação Civil Pública para danos causados aos investidores no mercado de valores), serviram de precedentes da tutela jurisdicional coletiva ou difusa, que viria a ser incluída pela lei 8.078/90.

O Código do Consumidor (Lei de nº 8.078) introduziu o conceito legal de interesses difusos e coletivos, modificando diversos artigos da lei 7.347/85, restabelecendo o inciso IV que havia sido vetado e, ampliando a aplicação para outros interesses difusos e coletivos, bem como dos interesses individuais homogêneos. Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves citando Mazzilli:

A rigor, sob o aspecto doutrinário, ação civil pública é a ação não-penal, proposta pelo ministério Público”, sustentando o autor que quando proposta pelos demais legitimados (União, Estados, Municípios, autarquias, empresas públicas, fundações sociedades de economia mista e associações) melhor seria denominar a ação tuteladora dos interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos de “ação coletiva”. (MAZZILI, 1999 apud ALVES E GARCIA, 2008, p. 601).

O fato é que passou-se a chamar não só as ações propostas pelo Ministério Público de Ações Civis Públicas, bem como as propostas pelos demais legitimados pela lei 7.347/88, com respeito ao assunto, vale a ressalva feita por Rodolfo Camargo Mancuso

Essa ação não é pública porque o Ministério público pode promovê-la, a par de outros co-legitimados, mas sim porque ela representa um largo espectro social de atuação permitindo o acesso à justiça de certos interesses metaindividuais que, de outra forma permaneceriam num certo limbo jurídico. (MANUSCO, 1999, p.21).

É necessário ainda que seja feita uma delimitação entre a Ação Civil Pública e a Ação Popular. A Ação Popular prevista no Art. 5º inciso LXXIII da Constituição Federal e,

pela lei 4.717/65, é assim como a Ação Civil Pública um instrumento constitucional de suma importância, porém este primeiro tinha primeiramente como objetivo tutelar apenas o patrimônio público, mas teve a sua amplitude aumentada com o advento da Constituição de 88, passando também a sua tutela, a moralidade administrativa, o meio ambiente e o patrimônio histórico e cultural. Diferentemente da Ação Civil Pública, a Ação Popular pode ser proposta por qualquer cidadão, no entanto, nada obsta que o Ministério Público busque o mesmo objetivo, através de Ação Civil Pública, uma vez que este tem autonomia de propor a ação ainda que sem manifestação popular, não só o Ministério Público como qualquer dos legitimados para a propositura elencados no Art. 5º da lei de Ação Civil pública, como comentam Garcia e Alves (ALVES E GARCIA, 2008, p. 614-615).

Com relação ao objeto das ações é nítida a diferença entre elas como explicam Garcia e Alves:

Há nítida distinção: a ação popular, embora de índole desconstitutiva-condenatória (arts. 1º, 11, e 14 da Lei nº 4.717/65), não comporta condenação a obrigação de fazer ou não fazer, limitação que não se verifica na ação civil pública (art. 3º da Lei nº 7.347/85). (ALVES E GARCIA, 2008, p. 615).

AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O Art. 37 da Constituição Federal tem seguinte redação : “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte.”, desta forma, o caput delinea um enfoque maior aos princípios constitucionais na análise dos Atos de Improbidade. Fazzio Júnior comenta esta importância dos Princípios Constitucionais da Administração Pública ao explicar que:

Todos os atos ilícitos arrolados nos arts. 9º, 10, 11 da Lei nº 8.429/92 (LIA) não passam de disfunções determinadas pela inobservância, em maior ou menor grau, dos princípios constitucionais, que o art. 4º da Lei 8.429/92 manda preservar. Por conseguinte neles não respaldadas, em última análise, as sanções correspondentes, dispostas no art. 12 e seus incisos, desse diploma legal. (FAZZIO, 2008, p. 4).

Os atos previstos na Lei de Improbidade Administrativa abarcam os atos cometidos pelos sujeitos ativos, por agentes públicos, na administração direta ou indireta e funcional, transitória, ainda que sem remuneração. A Lei de Improbidade Administrativa incide

inclusive sobre, mesmo que particulares, aqueles que se beneficiem dela, concorram ou induzam atos de improbidade administrativa. Dificuldade estaria em precisar o sujeito passivo, tendo em vista a quantidade e abrangência de entidades protegidas no Art. 1º da Lei de Improbidade.

A lei estabelece três espécie de atos de improbidade : os que importam em enriquecimento ilícito (art. 9º), os que causam lesão ao patrimônio público (art. 10º) e os que atentam contra os princípios da administração pública (art. 11º).

O enriquecimento ilícito decorre da prática de ato comissivo ou omissivo de funcionário, na percepção de vantagens patrimoniais (bens, direitos ou valores) em decorrência do exercício do cargo ou mandato. É sempre derivada de conduta dolosa, uma vez que o agente sabe da natureza criminosa daquele ato. (SARMENTO, 2002, p. 65). No Art. 9º além de explicar acerca do que seria o enriquecimento ilícito, o legislador incluiu algumas das hipóteses, tais como o recebimento indevido de gratificações, algo que foge ao princípio da impessoalidade das relações entre agentes públicos e administrados. Outra das hipóteses é a do subfaturamento e superfaturamento de bens e serviços, esta muito comum nos noticiários brasileiros, em obras de rodovias, hospitais, escolas e até recentes casos de superfaturamento na compra de merenda e materiais escolares. A Lei de Improbidade Administrativa fulgura hoje como um dos mais importantes instrumentos de controle e combate à corrupção, como comenta Kele Cristiani Diogo Bahena:

A Lei 8.429/92, no *caput* do art. 11, constitui um marco no combate à corrupção porque declara guerra a qualquer forma de improbidade que alvitre os princípios basilares da administração, exprimindo expressamente a preocupação na preservação do patrimônio moral do Estado, revelando-se o principal instrumento de batalha, um verdadeiro *soldado de reserva*, cuja aplicação revela a última trincheira na peleja contra a impunidade. (BAHENA, 2006, p. 127).

O enriquecimento ilícito é a manifestação mais usual de improbidade, além de que esta possui canais que a conectam com as demais, onde dificilmente há enriquecimento ilícito sem lesão ao patrimônio público ou ato que atente contra os princípios da atividades estatal.

Quanto aos prejuízos do erário, o que se pune é o mau administrador, administradores despreparados, negligentes ou coniventes com a corrupção, que dêem causa, de forma dolosa ou culposa, ao elencado no Art. 10: perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres. Esses prejuízos ao erário podem existir,

mesmo que sem enriquecimento ilícito do agente. No caso patrimônio deve ser entendido de forma mais abrangente, não restringindo apenas ao erário, que seria a dimensão econômico-financeira da Fazenda Pública, mas englobando o Tesouro Nacional, os bens públicos, o patrimônio ambiental, histórico, artístico, estético, turístico. (SARMENTO, 2002, p. 92).

A fraude ao processo licitatório, que faz parte dos atos imputam prejuízos ao erário, é o mais oneroso dos atos de improbidade administrativa aos cofres públicos, uma vez que a quebra do princípio da isonomia e conseqüentemente a não utilização da proposta mais vantajosa à administração, gera gastos desnecessários ao estado. No certame licitatório qualquer desrespeito à Lei 8.666/93, já seria suficiente para o que versa o inciso VIII do art. 10 da Lei nº 8.429/92, no sentido de “frustar a licitude do processo licitatório ou dispensá-la indevidamente”.

Por fim, com relação aos atos de Improbidade Administrativa que violem princípios da administração pública, o legislador faz uma menção genérica aos princípios da administração pública sem os relacionar de forma expressa no caput do Art. 11 da Lei nº 8.429/92. Cabe-nos ressaltar aqui a lacuna conceitual da lei com relação as diferenças entre moralidade e improbidade administrativa. A moralidade administrativa, representa um conjunto de regras de conduta, as normas de moral administrativas foram positivadas na forma de princípios, onde o professor George Sarmento explica que:

Os princípios são a dimensão ética da juridicidade, ou seja, normas jurídicas especiais, dotadas de forte conotação jurídica, que dependem de mediação concretizadora para produzir efeitos concretos. A moralidade é pressuposto de validade dos atos administrativos na medida em que exige, além da observância aos comandos contidos nas regras jurídicas, sua adequação aos princípios consagrados na Constituição e na legislação ordinária. (SARMENTO, 2002, p. 110).

As normas que caracterizam a improbidade administrativa, no entanto, têm a característica de regra, uma vez que elencam as hipóteses da atividade improba ao mesmo tempo que prevê sanções no Art. 12 da Lei 8.429/92. Em última análise é de se olvidar que o conceito de moralidade administrativa é capaz de abranger todos os princípios da Administração Pública, em especial o da probidade, de modo que lhe serve de norte.

Em seu Curso de Direito Administrativo, o Professor Dirley da Cunha Júnior esmiúça o entendimento atual do STF sobre o assunto:

Segundo o STF, o princípio da moralidade administrativa revela-se como um valor constitucional impregnado de substrato ético e erigido à condição de vetor fundamental que rege as atividades do Poder Público, que representa verdadeiro pressuposto de legitimação constitucional dos atos emanados do Estado, como resulta da proclamação inscrita no art. 37, caput, da Constituição da República. Nesse contexto, o desrespeito ao princípio da moralidade administrativa faz instaurar situações de inconstitucionalidade. (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 43).

No entanto, devem ser feitas considerações acerca do *caput* do Art.11 da Lei 8.429/92, de certo que estamos diante de um enorme avanço, no combate à corrupção, tendo em vista que o Art. 11 tenta englobar o maior número de condutas ímprobas, porém, é necessário que haja uma certa ponderação no que tange a interpretação do conceito de atos de improbidade, conceito este, que ainda é muito amplo e indeterminado. O zelo quanto a conceituação está na qualificação de quaisquer atos que atentem contra à moral administrativa, como atos de improbidade, nem toda imoralidade consiste em ato de improbidade, tendo em vista que a moralidade é gênero, de que a probidade é espécie, de modo que a moralidade abarca a probidade, mas ainda lhe sobram características que lhe são particulares, evitando assim, que uma falta administrativa, por exemplo, que poderia ser punida com advertência, ganhe ares de ato de improbidade e sujeita à sanções muito mais rigorosas. (BAHENA, 2006, p. 128).

AÇÃO DE IMPROBIDADE COMO ESPÉCIE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Trata-se de uma questão complexa, que envolve diferentes pontos de vista e doutrinas. Nessa discussão, além de debater a natureza da Ação de Improbidade Administrativa como sendo uma espécie de Ação Civil Pública, também são colocadas à mostra maneiras totalmente distintas de se enxergar o Direito.

Segundo a doutrina, há maneiras diferentes de se analisar o Direito e a sua composição no tocante à relação entre suas normas. A discussão cerne do artigo está diretamente ligada a essas divergências. Seguindo uma orientação pontiana, o Direito e suas normas devem ser analisados em conjunto, sendo tais normas consideradas assim parte de um mesmo todo.

Sobre a relação entre as normas que compõem o ordenamento, Marcos Bernardes de Mello afirma em sua obra:

A integração das normas tem como pressuposto o sistema jurídico como um todo, não apenas a sua topologia nos textos legais. Assim, não importa que as normas jurídicas que se integram estejam colocadas em textos legais diferentes; o que importa, realmente, é que componham um mesmo sistema jurídico. (MELLO, 2014, p. 57).

Partindo deste ponto de vista, iniciamos nosso estudo traçando um paralelo entre os elementos que compõem ambas as ações e identificando as semelhanças. A Lei de n. 7.347/85, que regulamenta a Ação Civil Pública, elenca como finalidades da ação a proteção ao meio-ambiente, ao consumidor; aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; a qualquer outro interesse difuso ou coletivo; à ordem econômica; à ordem urbanística; à honra e a à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos. A última alteração na Ação Civil Pública diz respeito à adição da proteção do patrimônio público e social, por meio da Lei de nº 13.004. Para aqueles que defendem que essa ação é toda aquela de caráter não penal e instaurada pelo Ministério Público, a Ação Civil Pública é responsável pela proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros direitos difusos e coletivos. Já a Lei de n. 8.429/92, que trata da Ação de Improbidade Administrativa, tem por objetivo a proteção do erário público, a qualidade devida dos serviços públicos e do princípio administrativo da moralidade. (SARMENTO, 2002, p. 154).

Expondo dessa maneira os direitos protegidos por ambas, conseguimos identificar uma relação direta. A Ação de Improbidade Administrativa tem por objetivo tutelar direitos difusos, que são aqueles direitos que não podem ser divididos e cuja titularidade não pode ser determinada. São esses mesmos direitos que possuem sua proteção também prevista na Ação Civil Pública. Logo, a partir deste primeiro elemento já conseguimos identificar semelhanças e a presença de elementos compatíveis.

Há de se observar não tão somente aspectos meramente materiais, mas aspectos valorativos também devem ser estudados: a moralidade e a probidade devem juntas ser entendidas como direitos difusos, em um sentido mais amplo. Valores defendidos e conservados pela sociedade e que são tutelados por ambas as leis, além de serem direitos consagrados pela Constituição Federal. É falho defender que há uma determinada ausência de foco no que diz respeito a direitos coletivos, difusos ou individuais por parte da Ação de Improbidade Administrativa. Basta apenas partir para o conceito de tais direitos e perceber que tais estão intimamente relacionados ao bem tutelado pela Lei de Improbidade Administrativa. Além disso, vale destacar que em junho de 2014, foi sancionada a já citada

Lei de nº 13.004 que adiciona de forma expressa na Lei que rege a Ação Civil Pública a tutela da proteção do patrimônio público e social, deixando assim ainda mais claro sua ligação com a Ação de Improbidade, que zela pela proteção do erário público e seu patrimônio. Por ser um complemento de caráter lógico, pois esta mesma tutela já estava prevista entre as atribuições do Ministério Público segundo a Constituição Federal, o projeto de lei passou sem problemas pelo Congresso que entendeu a sua importância em termos de conteúdo e em termos da sua relação perfeitamente coerente com os demais itens da lei. Para a Deputada Sandra Rosado, que foi a relatora da lei na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) na Câmara, defende que essa alteração não se fazia tão necessário levando em consideração que os elementos que compõem a lei já serem abarcados por outros dispostos legais já existentes, indicando assim que a sua previsão expressa na Legislação tem apenas o objetivo de confirmar algo já presente no Universo Jurídico:

Considerados os dispostos constitucional e legal, o qual permite o manejo da Ação Civil Pública para a proteção de qualquer interesse difuso ou coletivo, a defesa do patrimônio público e social já poderia até mesmo ser considerada inserida no rol de finalidades da citada ação de acordo com a legislação atual, o que tornaria o projeto injurídico.

Quando a discussão parte para a questão da natureza do bem tutelado é inevitável que certos doutrinadores tentem traçar um paralelo equivocado entre os objetivos de cada lei. Não podemos apenas dizer que a Lei de n. 8.429/92 trata apenas da responsabilização do infrator, devemos também expor a necessidade de reparação imediata do dano, tanto do ponto de vista moral, quanto do ponto de vista material. À medida que a Ação Civil Pública trata da sua objetivação, ela se propõe não tão somente a reparar o dano, mas como também a responsabilizar o indivíduo.

A Ação Civil Pública e a Ação de Improbidade Administrativa, por estarem relacionadas à tutela desses interesses difusos ligados à probidade administrativa, integram o chamado microssistema de tutela dos direitos difusos. A Ação de Improbidade, que foi criada em 1992, ainda não existia quando foi criada a expressão. Apesar disso, a lei, logo após ser criada, foi incorporada ao conjunto por tutelar interesses de natureza semelhante. Esse microssistema é citado em voto da Ministra Eliana Calmon:

A carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37, da CF como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de

defesa dos interesses transindividuais, criou um microssistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da administração pública, nele encartando-se a Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas. (REsp nº 686993/SP. 1ª T., rel. Min. Eliana Calmon).

No mesmo voto, a Ministra Eliana destaca a legitimidade do Ministério Público em propor a ação civil pública com o objetivo de ressarcir ao erário em hipótese de danos ocasionados por ato de improbidade administrativa. Com essa afirmação da Ministra fica evidente a possibilidade de classificar a Ação de Improbidade como uma Ação Civil Pública. A moralidade é sempre muito citada quando ocorre o debate sobre o tema: é sabido que o Ministério Público é respeitado e espera-se que o mesmo aja com imparcialidade e transparência, resguardando os valores morais da sociedade. Segue o trecho de outro voto em que a Ministra destaca o papel do Ministério Público: “O Ministério Público possui legitimidade para ajuizar Ação Civil Pública objetivando a defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa.”. (REsp nº 1135158/SP. 1ª T., rel. Min. Eliana Calmon).

Para ilustrar a importância do Ministério Público, podemos citar o fato de que o mesmo deve de alguma maneira participar da Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa, podendo ocupar diferentes posições. Caso não seja o Ministério Público que proponha a ação, mesmo assim, ele deve atuar na ação ocupando outra função. Essa função de caráter secundário pode ser a de fiscal da lei, que é fundamental para que a demanda seja colocada de forma justa e tenha pertinência. Nesta última hipótese, caso o Ministério Público não assuma o seu papel de fiscal, o processo fica sujeito à pena de nulidade.

Há doutrinadores, como Gilmar Mendes e Arnaldo Wald, que argumentam na linha de que dentre os direitos que possuem sua proteção prevista na lei que regulamenta a Ação Civil Pública não estão aqueles relacionados especificamente à moralidade e à probidade administrativa. Argumentam também que de acordo com o princípio da especialidade, nesta hipótese, a Ação Civil Pública não serviria para atos decorrentes de improbidade administrativa, que tão somente seriam regulados pela Lei de n. 8.429/92 (MEIRELLES, 2006, p. 218).

Ao debater partindo desta ótica, logo concluímos que os dispostos na Lei de n. 7.347/85 possuem um caráter complementar com relação à lei que regulamenta os atos ímprobos. Apesar de mais recente e mais específica, por se tratar de uma lei que possui um

caráter secundário, sendo espécie de outra já existente, tal lei dialoga com sua matriz e necessita de complementação, destacando sempre que o ordenamento não pode ser fragmentado e deve ser visto como uma estrutura compacta e não como um conjunto de elementos soltos – os quais ficam impossibilitados de serem estudados distantes de seu contexto jurídico.

Quando partimos para a análise dos legitimados a propor a demanda, identificamos mais semelhanças. Por tratar de assuntos mais variados, caracterizando-se por ser uma lei generalista, trata-se também de uma lei mais detalhada em sua composição de entes que possuem legitimação. No tocante aos possíveis autores, a Lei de n. 7.347/85 expõe as possibilidades de maneira mais extensa. São legitimados para propor tal ação o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, Distrito Federal e Municípios, a autarquia, empresa pública ou sociedade de economia mista, podendo ser também ser proposta por uma associação, desde que esta última esteja constituída há pelo menos um ano nos termos da lei civil e inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Já a enumeração feita pela Lei de Improbidade Administrativa é feita de forma mais sucinta citando apenas o Ministério Público e as pessoas jurídicas interessadas. O professor George Sarmiento analisa quais as pessoas jurídicas interessadas possuem tal legitimidade, além do Ministério Público: “as pessoas da Administração Direta – União, Estados, Municípios e Distrito Federal – Administração Indireta – autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista – e Fundações Públicas”. Para propor a ação, a pessoa jurídica deve apresentar interesse jurídico no provimento jurisdicional almejado. (SARMENTO, 2002, p. 154-156).

Apesar de também serem legitimadas as pessoas jurídicas para propor Ação de Improbidade Administrativa, há a preferência de que esta seja proposta pelo Ministério Público, que possui uma série de privilégios: possui exclusividade na instauração do inquérito civil; possui legitimidade para receber relatórios de Comissões Parlamentares de Inquérito, representações dos cidadãos, entidades representativas da sociedade civil; é isento de taxa judiciária referente ao ajuizamento da ação; pode atuar em diferentes funções na Ação de Improbidade (autor, fiscal ou litisconsorcial) e na hipótese de improcedência o Ministério Público não arca com o ônus da sucumbência. Essa preferência pelo Ministério Público se

deve por conta do papel social e jurídico que o mesmo exerce. (SARMENTO, 2002, p. 154-156).

Pedro Lenza disserta sobre a natureza da legitimação relativa à tutela coletiva, ele entende ser extraordinária, autônoma, exclusiva, concorrente e disjuntiva. Já que sempre vai haver substituição da coletividade, ela pode ser considerada extraordinária. Pode ser classificada como autônoma, já que a presença do legitimado ordinário é totalmente dispensada. É exclusiva no tocante à coletividade substituída. A concorrência existe em igualdade entre os legitimados para proposição da ação. É disjuntiva pelo fato de que a entidade pode propor a ação sozinha, sem a anuência dos demais legitimados. (LENZA, 2003, p. 186).

Após expor ambos os órgãos legitimados pelo ordenamento, podemos perceber que se tratam dos mesmos. Os entes coincidem entre si e possuem o compromisso de demonstrar interesse estritamente jurídico. O fato de ordenamento não fazer uma menção expressa das pessoas jurídicas interessadas que podem ser legitimadas é mais uma prova da relação estrita entre essas suas leis, isso pode ser deduzido pela necessidade evidente de se recorrer a uma fonte matriz de referência. É muito mais fácil encontrar ações propostas por entes diferentes nas demais hipóteses de Ação Civil Pública, do que exclusivamente nas hipóteses relacionadas à Improbidade, que gozam de uma grande preferência pelas ações propostas pelo órgão ministerial.

Outro aspecto que deve ser analisado é a aplicação subsidiária da aplicação entre as leis. Há de se especular que por não ter previsão expressa de uma aplicação subsidiária em nenhuma das leis em relação uma à outra que não seja possível a classificação que aqui está sendo proposta. Ao traçar o perfil das duas ações é fácil perceber as semelhanças e também é possível perceber diferenças, especificidades de cada uma. O ordenamento por ser muito complexo e tratar de assuntos muito diferentes deve contar não apenas com aquilo que nele é escrito, mas também deve contar com a interpretação de doutrinadores e de operadores do Direito.

Dada não tão somente uma simples semelhança, mas visivelmente duas ações que na maioria de seus aspectos se confundem. Diante desta análise se torna desnecessário a previsão expressa da aplicação subsidiária. Apesar de o ordenamento prever apenas como fonte da Lei de Improbidade Administrativa o Código de Processo Civil, por motivos sobre os quais já

dissertamos, deve-se tomar como base também os elementos dispostos na lei que rege a Ação Civil Pública.

Depois de analisar o conteúdo e evidenciar que ambos são compatíveis, é interessante partir para um exercício prático, analisando o efeito do uso de características advindas da previsão legal da Ação Civil Pública, analisando também a presença de ritos especiais que divergem dos ritos originais. Eventuais lacunas existentes na Ação de Improbidade são perfeitamente preenchidas pelos dispostos na lei de qual deriva e especifica certo tipo de bem tutelado.

Ao tratar do estudo da questão é impossível não fazer alusão aos objetos das citadas leis. Desta maneira, fica claro que as sanções previstas em ambas as leis variam em sua amplitude e em sua intensidade. No que tange a previsão legal do objeto, a Lei de Ação Civil Pública se apresenta muito mais resumida. O objeto dessa lei é tratado de forma sucinta, dando assim margem a uma maior subjetividade e um exercício maior de interpretação. No conteúdo da lei há apenas a citação à condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer.

Já a descrição do objeto da Lei de Improbidade Administrativa deixa menos espaço para interpretação e expõe em minúcias suas sanções, na esfera do Direito Civil. O objeto da Lei de Improbidade abrange sanções que prevêm a perda de bens que foram acrescidos ao patrimônio de modo ilícito; a preocupação com o ressarcimento do dano; a perda da função pública; a suspensão dos direitos políticos; multa civil e a proibição de relações de negócios com o Poder Público. Apesar de não prever sanções na seara penal, salvo em caso específico de denúncia irresponsável e motivada por má-fé, os atos de improbidade administrativa serão punidos por legislação ordinária do Código Penal. No tocante às punições de caráter administrativo, os atos cometidos também poderão sofrer retaliação, independentemente de punição civil – o órgão administrativo, porém fica impossibilitado de aplicar as sanções civis, visto que a persecução deve ser por via judicial. José Antonio Lisboa expõe bem a questão da Lei de Improbidade atuar na área civil e a ausência de prejuízo da ação penal:

Cabe observar que a aludida ação não tem natureza penal, mas civil, sendo certo que o parágrafo 4º do artigo 37 da Constituição da República, após mencionar as consequências decorrentes dos atos ímprobos, destaca expressamente: “sem prejuízo da ação penal cabível”. Sendo assim, parece claro que o ressarcimento, a perda da função ou cargo e a indisponibilidade cautelar de bens, todos previstos no aludido dispositivo constitucional, são obtidos em ação civil. (NEIVA, 2009, p. 134)

Muitos argumentam que essa diferença relativa aos tipos de sanções seria o necessário para expor definitivamente as duas ações como elementos sem a menor relação, apenas com algumas semelhanças. Em nossa opinião, o que acontece é que simplesmente seguindo a regra de maior especificidade, a lei de improbidade se faz obrigada a expor em detalhes todas as sanções possíveis e levar em consideração somente aspectos ligados à atividade pública no tocante a consequências de atos imorais, enquanto a Ação Civil Pública busca expor de forma resumida um enunciado que possa ser adequado a todas as suas hipóteses.

Diante de todo esse painel doutrinário, há também aqueles que preferem simplificar a discussão que como já citado no início do texto definem a Ação Civil Pública simplesmente como sendo uma ação não-penal proposta pelo Ministério Público. Para estes essa curta definição resume todo o embate. Partindo desse pressuposto, não haveria dúvidas sobre a origem da Ação de Improbidade Administrativa. Parte desses mesmos doutrinadores defende suas teses no sentido de garantir a classificação de Ação Civil Pública apenas ao Ministério Público, sendo necessário assim que seja encontrado outro nome para as ações ajuizadas pelos demais entes legitimados, já tendo sido proposto como anteriormente citado a hipótese da criação da nomenclatura “Ação Coletiva”. José Antonio Lisboa Neiva comenta da seguinte maneira o assunto:

A expressão Ação Civil Pública é objeto de exame pela doutrina, na medida em que, a rigor, toda ação é pública e contra o Estado, partindo-se da visão de que o direito de ação seria o direito público subjetivo de exigir do Estado a prestação jurisdicional. Não poderia, por sua vez, ser “pública” em função dos legitimados ativos, pois há legitimados que têm natureza privada (v.g., associações). (NEIVA, 2009, p. 134).

Para Waldo Fazzio, o Ministério Público preenche todos os requisitos para se habilitar a propor a Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa. Para chegar a tal conclusão, Fazzio leva em consideração a aptidão ativa e interesse implícito para movimentar o controle jurisdicional, na defesa dos interesses difusos e coletivos. Reafirmando assim o já exposto na opinião de outros doutrinadores. (FAZZIO JÚNIOR, 2008, p. 302).

O Superior Tribunal de Justiça hoje tem o entendimento de que é possível ajuizar Ação Civil Pública em hipótese de improbidade administrativa. Tal entendimento está exposto em trecho de voto do Ministro Mauro Campbell Marques que reafirma o que já recorrido pelos votos da Ministra Eliana Calmon e alguns doutrinadores:

O Ministério Público é parte legítima para ajuizar ação civil pública objetivando tutelar o patrimônio público, bem como apurar eventual ato de improbidade administrativa cometido por prefeito de município. (REsp nº 874618/SP, 2ª T., rel. Min. Mauro Campbell Marques).

Apesar das divergências doutrinárias ainda existentes, cada vez mais esse entendimento é aceito e adotado pelas Cortes de todo o país. Diante de diversas evidências que corroboram esse entendimento, a jurisprudência criada converge no sentido de fortalecer a tese de que a Ação de Improbidade Administrativa é de fato uma espécie de Ação Civil Pública.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para que ocorra um melhor entendimento do conteúdo do ordenamento jurídico é importante que embates doutrinários sejam resolvidos. Por não se tratar de uma ciência exata, é de fato complicado chegar a uma unanimidade sobre diversos assuntos, dentre eles está os questionamentos que aqui foram estabelecidos. É importante também destacar que o debate deve ir além de aspectos processuais e positivos, o ordenamento deve alcançar seu real objetivo e fazer com que seus efeitos alcancem o âmbito social.

Fica claro, após as análises de aspectos aqui debatidos, que a Ação de Improbidade Administrativa pode ser classificada como um tipo de Ação Civil Pública. Ambas possuem características semelhantes e ambas se complementam. Em todo o estudo, fica evidenciado o importante papel cumprido pelo Ministério Público em relação às duas ações, desde a parte mais teórica, até a parte mais prática. Sendo dada a esse órgão ministerial sempre a preferência na proposição da ação, ficando os demais entes preteridos.

No atual contexto social, as ações promovidas por órgãos de controle e combate à corrupção devem ser estimuladas e incentivadas. A opinião pública torna-se cada vez mais favorável a esse tipo de iniciativa, sendo necessário o envolvimento em regime de cooperação entre os segmentos da sociedade civil juntamente ao Ministério Público.

Após as exposições cabíveis, é possível concluir que a interdependência entre as ações no tocante ao ajuizamento de matérias que versam sobre atos ímprobos, sendo ambas necessárias para o complemento satisfatório do conteúdo normativo da outra. A correta aplicação das leis depende do olhar macro e dinâmico do operador do direito. Torna-se

necessário não apenas estudar a doutrina e a lei em si, mas mais enfaticamente a jurisprudência que vem pacificando a matéria.

O entendimento defendido ao longo do artigo tem por objetivo não apenas apresentar uma simples posição doutrinária, mas expor uma maneira mais adequada para a operação dessas ações tão importantes para a tutela dos direitos difusos. Por esse motivo, o aprofundamento no assunto se mostra tão necessário.

REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. Ação civil Pública e meio ambiente. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

ALVES, Rogério Pacheco. GARCIA, Emerson. Improbidade administrativa. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BAHENA, Kele Cristiani Diogo. O princípio da moralidade administrativa e seu controle pela Lei de Improbidade. 1. ed. 3. tir. Curitiba: Juruá, 2006.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil. V. 1. 16. ed. Salvador: Juspodium, 2014.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de direito constitucional. 11. ed. Salvador: Juspodium, 2011.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

LENZA, Pedro. Teoria Geral da ação civil pública. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e consumidores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”. 29. ed. Atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, com a colaboração de Rodrigo Garcia da Fonseca. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico: plano da existência. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NEIVA, José Antonio Lisboa. Improbidade administrativa legislação comentada artigo por artigo doutrina, legislação e jurisprudência. Niterói: Impetus, 2009.

SARMENTO, George. Improbidade administrativa. 1. ed. Porto Alegre: Síntese, 2002.