



UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE - UERN
CAMPUS AVANÇADO DE NATAL
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS

O MICROSSISTEMA PROCESSUAL COLETIVO DA TUTELA DO PATRIMÔNIO
PÚBLICO E DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA: técnicas processuais
garantidoras de sua efetividade

Delmir de Andrade Dantas Ferreira Júnior

Natal/RN
2014

DELMIR DE ANDRADE DANTAS FERREIRA JÚNIOR

O MICROSSISTEMA PROCESSUAL COLETIVO DA TUTELA DO PATRIMÔNIO
PÚBLICO E DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA: técnicas processuais
garantidoras de sua efetividade

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do Curso de
Especialização em Direitos Difusos e
Coletivos, da Universidade do Estado do
Rio Grande do Norte - UERN.

Orientador: Professor Mestre José
Armando Ponte Dias Júnior

Natal/RN
2014

Catlogação da Publicação na Fonte.

Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.

Ferreira Júnior, Delmir de AndradeDantas.

O MICROSSISTEMA PROCESSUAL COLETIVO DA TUTELA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA: técnicas processuais garantidoras de sua efetividade. / Delmir de Andrade Dantas Ferreira Júnior. – Natal, RN, 2014.

72 f.

Orientador(a): Professor Mestre José Armando Ponte Dias Júnior

Monografia (especialização). Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. Especialização em direitos difusos e coletivos

1. Tutela jurisdicional coletiva - Monografia. 2. Patrimônio público. 3. Moralidade administrativa. I. Dias Júnior, José Armando Ponte. II. Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. III.Título.

DELMIR DE ANDRADE DANTAS FERREIRA JÚNIOR

O MICROSSISTEMA PROCESSUAL COLETIVO DA TUTELA DO PATRIMÔNIO
PÚBLICO E DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA: técnicas processuais
garantidoras de sua efetividade

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do Curso de
Especialização em Direitos Difusos e
Coletivos, da Universidade do Estado do
Rio Grande do Norte - UERN.

Aprovado em: 18/06/2014.

Banca Examinadora

Professor Mestre José Armando Ponte Dias Júnior

Universidade do Estado do Rio Grande do Norte - UERN

Professora Mestra Mariana Vannucci Vasconcellos

Universidade do Estado do Rio Grande do Norte - UERN

Professor Mestre Emanuel Dhayan Bezerra de Almeida

Universidade Estácio de Sá

A todos aqueles que combatem a corrupção
na busca de uma sociedade brasileira mais
livre, justa e solidária.

AGRADECIMENTOS

Agradeço...

A Deus.

Ao meu Orientador Professor Mestre José Armando Ponte Dias Júnior, pelo apoio e pela confiança. Abraçando este trabalho quando ele mais precisava, fazendo-o vicejar.

À Professora Cristiane Pinheiro que pacientemente leu e releu este trabalho, sempre atenta aos detalhes sintáticos, semânticos e metodológicos, além de, nas horas vagas, cumprir com bastante amor e carinho o seu ofício de noiva.

Aos Professores Emanuel Dhayan e Mariana Vannuci por integrarem a banca, como também pelos construtivos elogios e críticas feitos, apontando novos rumos e perspectivas a serem incluídos nesta pesquisa.

Ao Professor Edilson Pereira Nobre Júnior pelas sugestões de bibliografia e indicação de ferramentas de pesquisa.

Aos Professores Reuder Cavalcante Motta e Hermes Zanetti Jr. que, mesmo sem me conhecerem, atenciosa e prontamente me ajudaram na elaboração do sumário e na seleção das referências.

À Universidade do Estado do Rio Grande do Norte e ao Ministério Público do Rio Grande do Norte pela oportunidade de participar do Curso de Especialização em Direitos Difusos e Coletivos.

A todos os Professores e Colegas, pelos tão ricos e profícuos debates, trabalhos e ensinamentos, bem como pela amizade adquirida ao longo do tempo e da convivência quinzenal.

À Denise Gurgel, por toda a atenção e competência.

A todos os membros, servidores, estagiários e terceirizados que fazem, fizeram e farão parte da Promotoria de Defesa do Patrimônio Público de Natal, pela vanguarda e obstinação na luta contra o flagelo da Corrupção.

Enquanto os homens exercem seus podres
poderes, morrer e matar de fome, de raiva e
de sede são tantas vezes gestos naturais.

Caetano Veloso, *Podres Poderes*

RESUMO

O presente trabalho objetiva evidenciar as técnicas processuais existentes nas normas integrantes do microsistema processual coletivo da tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa que, interpretadas à luz da teoria do diálogo das fontes, são mais adequadas à garantia da máxima efetividade do direito fundamental que se busca tutelar. De fato, a realidade brasileira tem demonstrado uma baixa efetividade do judiciário no julgamento de ações coletivas que buscam a defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa. Além da demora no julgamento, o cumprimento das decisões judiciais nos processos coletivos – muitas vezes fundamentado em institutos clássicos do direito, ligados à solução de conflitos de interesses privados –, não tem se mostrado adequado à proteção dos referidos bens jurídicos coletivos constitucionalmente protegidos. As hipóteses do trabalho dissertativo são investigadas através de pesquisa do tipo bibliográfica e documental. A pesquisa realizada foi a aplicada, com relação à utilização dos resultados, qualitativa, segundo a abordagem, e exploratória, em se tratando dos objetivos. Em conclusão, foram destacadas as medidas cautelares de indisponibilidade de bens e afastamento do agente do agente público, a execução em folha de pagamento, como também a concessão de liminar sem a prévia comunicação do demandado a fim de obstar o seu recebimento de novas verbas do poder público e de benefícios fiscais e creditícios. Tais técnicas processuais se revelam mais aptas a garantirem a máxima efetividade da tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa, as quais devem ser aplicadas em todo o microsistema processual, à luz da teoria do diálogo das fontes.

Palavras-chave: Tutela jurisdicional coletiva. Patrimônio Público. Moralidade Administrativa. Microsistema. Diálogo das Fontes.

ABSTRACT

This work intends to evidenciate to demonstrate the procedural methods existent in the microsystem of class proceeding of protection of public property, specially government's assets, and Public Administration's morality which, as interpreted by the theory of the "Dialogue des sources" of Erik Jayme, are most appropriate to ensure the maximum effectiveness of the fundamental right that must be protected. Indeed, the Brazilian reality has shown a very low effectiveness of the Judiciary in the prosecution of class actions seeking to protect the government's assets and the Public Administration's morality. Besides the time lag in rendering a decision, enforcement of court decisions in class actions - often based on classic institutes of law, that are more appropriate to the resolution of private conflicts - has been shown inadequate to the protection of these constitutionally protected collective rights. The hypotheses examined here were through a careful review of previous works on this theme, using applied research with exploratory objective and a qualitative approach. The results highlight the use of *ad cautelam* proceedings, such as asset freezing, temporary removal from the office, payroll withholdings, as well as injunctions to prevent any payment from the government to the defendant or the concession of benefits that favors him. When compared to the traditional proceedings, those mentioned here and examined in this work proved to be more effective as a mean to secure public property and Public Administration's morality.

Keywords: Class Proceeding. Public property. Public Administration's morality. Microsystem. *Dialogue des sources*.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 A TUTELA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS.....	12
2.1 A TUTELA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA: UM DIREITO FUNDAMENTAL DIFUSO.....	12
2.2 A MULTIFUNCIONALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	21
2.3 O ENQUADRAMENTO DA TUTELA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA NA CLASSIFICAÇÃO FUNCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	26
3 O MICROSSISTEMA PROCESSUAL COLETIVO DA TUTELA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E A SUA INTERPRETAÇÃO À LUZ DA TEORIA DO DIÁLOGO DAS FONTES.....	32
3.1 O MICROSSISTEMA PROCESSUAL COLETIVO DA TUTELA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA.....	32
3.2 A INTERPRETAÇÃO DO MICROSSISTEMA À LUZ DA TEORIA DO DIÁLOGO DAS FONTES.....	44
4 O MICROSSISTEMA PROCESSUAL COLETIVO DA TUTELA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA: TÉCNICAS PROCESSUAIS GARANTIDORAS DE SUA EFETIVIDADE.....	52
4.1 A MEDIDA CAUTELAR DE INDISPONIBILIDADE DE BENS PREVISTA NO ARTIGO 7º DA LEI Nº 8.429/92.....	52
4.2 A MEDIDA CAUTELAR DE AFASTAMENTO DO AGENTE PÚBLICO PREVISTA NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 20 DA LEI Nº 8.429/92.....	58
4.3 A EXECUÇÃO NA FOLHA DE PAGAMENTO PREVISTA NO ARTIGO 14, § 3º, DA LEI Nº 4.717/65.....	60
4.4 A CONCESSÃO DE LIMINAR <i>INAUDITA ALTERA PARS</i> A FIM DE OBSTAR O RECEBIMENTO PELO DEMANDADO DE NOVAS VERBAS DO PODER PÚBLICO E DE BENEFÍCIOS FISCAIS E CREDITÍCIOS.....	63
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	67
REFERÊNCIAS.....	71

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, o combate à corrupção tem sido uma das principais preocupações de toda a comunidade internacional. Exemplo disso foi a elaboração da Convenção Interamericana contra a Corrupção, em 1996, na Venezuela; da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, em 2000, na Itália; e da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (Convenção de Mérida), em 2003, no México.

No sistema jurídico brasileiro, a corrupção, analisada sob uma perspectiva ampla, diz respeito a um fenômeno jurídico que constitui objeto dos mais diversos ramos do Direito, desde a seara penal à administrativa, passando pelos aspectos ligados tanto ao direito material quanto ao processual.

No que pertine ao Direito Material Coletivo e ao Direito Processual Coletivo, a corrupção é analisada a partir da tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa, enquanto direito fundamental difuso previsto expressamente na Constituição Federal de 1988 e em diversas leis esparsas, tais como a Lei nº 4.717/1965 (Lei da Ação Popular), a Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), a Lei nº 8.429/1992 (Lei da Ação de Improbidade Administrativa), e, mais recentemente, a Lei nº 12.846/2013 (Lei da responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira).

Desse modo, percebe-se que vigora no Brasil um conjunto de diplomas normativos especiais que, sob a ótica da Constituição Federal de 1988, são responsáveis pela regulação da tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa.

A maneira como tais normas são aplicadas, notadamente a partir da análise de sua adequação ou não às necessidades da realidade social e do direito material, repercute diretamente no grau de efetividade do direito fundamental tutelado.

Todavia, a realidade forense tem demonstrado uma baixa efetividade do judiciário brasileiro no julgamento de ações coletivas que buscam a defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa.

Tal situação é comprovada, inclusive, pela preocupação externada pelo Conselho Nacional de Justiça no ano de 2013, que estipulou, dentre as metas nacionais, a “Meta 18”, direcionada à Justiça Federal e Estadual, bem como ao Superior Tribunal de Justiça, com o seguinte enunciado: “*Identificar e julgar, até 31/12/2013, as ações de*

improbidade administrativa e ações penais relacionadas a crimes contra a administração pública, distribuídas até 31/12/2011”.

Além da demora no julgamento, o cumprimento das decisões judiciais nos processos coletivos – muitas vezes fundamentado em institutos clássicos do direito, ligados à solução de conflitos de interesses privados –, não tem se mostrado adequado à proteção do patrimônio público, da moralidade administrativa e da boa governança, enquanto bens jurídicos coletivos constitucionalmente tutelados.

Tal sistemática adotada, além de gerar um forte sentimento de impunidade perante a população, tem exposto a Administração Pública a atos de corrupção, como também dificultado o ressarcimento dos prejuízos causados, tendo em vista o advento de um longo decurso de tempo.

Nesse sentido, diante da baixa efetividade no Brasil da tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa, faz-se necessário se perquirir acerca das técnicas processuais que lhe garantam uma maior otimização.

Diante desse contexto, o objetivo geral do presente trabalho consiste justamente em evidenciar as técnicas processuais existentes nas normas integrantes do microsistema processual coletivo da tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa, que, interpretadas à luz da teoria do diálogo das fontes, são mais adequadas à garantia da máxima efetividade do direito fundamental tutelado.

Para tanto, far-se-á uma leitura da tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa à luz da interpretação dos direitos fundamentais, analisando os aspectos ligados às suas dimensões e funções, concebidos a partir do pós-positivismo, sobretudo pelas implicações que tais institutos repercutem na sua efetividade.

Também será necessário explicar as características do microsistema processual coletivo da tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa e como deve se dar a sua interpretação à luz da teoria do diálogo das fontes.

Ao final, será destacada, dentre as inúmeras técnicas processuais existentes no microsistema processual coletivo da tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa, aquelas que se revelam mais aptas a garantirem a máxima efetividade do direito fundamental tutelado.

As hipóteses do trabalho dissertativo serão investigadas através de pesquisa do tipo bibliográfica e documental, com ênfase na legislação e doutrinas do Direito

Constitucional, Direito Material Coletivo e Direito Processual Coletivo, bem como na jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Foi destacado ainda, a partir de um estudo pormenorizado e de um profícuo debate com o professor orientador, a importância de evidenciar as técnicas processuais existentes nas normas integrantes do microssistema processual coletivo da tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa, que, interpretadas à luz da teoria do diálogo das fontes, são mais adequadas à garantia da máxima efetividade do direito fundamental tutelado.

Com relação à utilização dos resultados, a pesquisa será aplicada, tendo por finalidade a resolução de problema específico, relacionado com a questão da baixa efetividade da tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa no Brasil.

Segundo a abordagem, a pesquisa será qualitativa, uma vez que há a preocupação em aprofundar e abranger as ações e reações humanas, contribuindo no processo democrático, mormente em razão do destaque da função da jurisdição em permitir a participação do cidadão na correção das violações ao patrimônio público, à moralidade administrativa e à boa governança, enquanto bens jurídicos coletivos constitucionalmente tutelados.

2 A TUTELA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

No sistema jurídico brasileiro, considerando a fase em que a tutela dos direitos e interesses coletivos (em sentido amplo) se encontra atualmente, a concepção *da tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa* está amparada na teoria dos direitos e garantias fundamentais.

Nesse contexto, faz-se necessária uma leitura desse direito à luz da interpretação dos direitos fundamentais, analisando os aspectos ligados às suas dimensões e funções concebidos a partir do pós-positivismo, sobretudo pelas implicações que tais institutos repercutem na sua efetividade.

Para tanto, neste capítulo, será abordado o âmbito de proteção desse direito fundamental, para em seguida ser apresentada uma visão geral do que venha a ser a multifuncionalidade dos direitos fundamentais e, por fim, concluir com o enquadramento da tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa na classificação funcional dos direitos fundamentais.

2.1 A TUTELA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA: UM DIREITO FUNDAMENTAL DIFUSO

Com o advento da Constituição Federal de 1988 (CF/88), o sistema jurídico brasileiro evoluiu para uma nova fase da tutela jurídica dos direitos e interesses coletivos (em sentido amplo), a partir da qual foram construídas novas formas de proteção e efetivação material dos bens e valores jurídicos que lhe são afetos.

Ultrapassando as duas fases iniciais, a da *absoluta predominância individualista da tutela jurídica* e a da *proteção fragmentária dos direitos transindividuais* (também chamada da *proteção taxativa dos direitos massificados*), Gregório Assagra de Almeida¹ pontua que somente com a CF/88 o Brasil ingressou na fase da *integral, irrestrita e ampla* tutela jurídica do Direito Coletivo.

¹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo**: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, pp. 422-425.

Se, na primeira fase, a tutela jurídica era quase que absolutamente individualista e na segunda, o ordenamento jurídico passou a tutelar algumas espécies de Direito Coletivo – de forma fragmentária, taxativa, mas ainda predominando a dimensão individualista da tutela jurídica –, nesta terceira fase, a CF/88 garante a proteção e a efetivação da tutela jurídica tanto do Direito Individual quanto do Direito Coletivo.

Nesta nova fase, o Direito Coletivo – ao lado do Direito Individual – integra a teoria constitucional dos direitos fundamentais, compondo um dos blocos do sistema jurídico brasileiro e sendo constituído pelo conjunto de normas disciplinadoras de todos os direitos ou interesses coletivos em sentido amplo, isto é, dos difusos, coletivos em sentido restrito, individuais homogêneos, bem como dos interesses objetivos coletivos legítimos²⁻³.

Destaque-se, entretanto, que essa dicotomia entre Direito Individual e Direito Coletivo de forma alguma nega a autonomia metodológica do direito processual, uma vez que o sistema jurídico é composto tanto de normas materiais (voltadas para disciplinar as condutas sociais em suas relações intersubjetivas) quanto de normas processuais⁴.

Logo, no plano da tutela jurisdicional coletiva, nesta terceira fase: passaram a ter estatura constitucional as ações coletivas previstas na legislação esparsa (ação popular e ação civil pública), houve um incremento no objeto material da ação popular, uma ampliação do rol de legitimados das ações coletivas em geral, como também a previsão de novos instrumentos (como o mandado de segurança coletivo e a o mandado de injunção)⁵.

Já no âmbito da tutela jurídica material coletiva, conferiu-se dignidade de direito fundamental ao Direito Coletivo, como se verifica pela própria redação do Título

² ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo:** superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 437.

³ Consoante Gregório Assagra de Almeida, o interesse coletivo objetivo legítimo se traduz “*no interesse indivisível e geral de toda a sociedade de garantir o respeito à Constituição como Lei Fundamental da Nação. Ampara-se aqui o controle abstrato e concentrado da constitucionalidade*”. ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo:** superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 435.

⁴ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo:** superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 441.

⁵ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo:** superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 427.

II, Capítulo I, da CF/88 (*Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais; Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos*)⁶.

Assim, somente com o advento da CF/88 foi que o sistema jurídico brasileiro conseguiu evoluir definitivamente de um plano predominantemente individualista para o plano da tutela jurídica ampla e integral, contemplando tanto a perspectiva do Direito Individual quanto a do Direito Coletivo⁷.

E nesse ponto ganha relevo a circunstância de que, mesmo a CF/88 garantindo a proteção e a efetivação da tutela jurídica *integral, irrestrita e ampla* do Direito Coletivo, algumas de suas espécies tiveram suas dimensões especificamente consagradas no plano constitucional.

Ao lado de outras espécies de Direito Coletivo – tais como o direito ambiental, do consumidor, dos idosos, dos portadores de necessidades especiais, das minorias e grupos vulneráveis, à educação, à saúde pública, à segurança pública –, a CF/88 dedicou atenção especial à *tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa*.⁸

Passando à margem do debate acerca da denominação mais adequada para os bens jurídicos protegidos (se “*patrimônio público*”, “*patrimônio público e social*”, “*moralidade administrativa*”, “*probidade administrativa*”, entre outros), adota-se no presente trabalho a expressão “*patrimônio público e moralidade administrativa*”, tomando-se como pressuposto a análise realizada por Reuder Cavalcante Motta⁹ à luz da doutrina nacional e jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Reuder Motta¹⁰ se apoia em Celso Ribeiro Bastos para afirmar que o constituinte de 1988 optou por um conceito de patrimônio público diverso do feito pelo legislador ordinário de 1965.

Conforme destaca Celso Ribeiro Bastos¹¹, na redação da Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/65), o bem ecológico e o de valor histórico cultural integravam o

⁶ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo**: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 427.

⁷ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo**: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 427.

⁸ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo**: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 381.

⁹ MOTTA, Reuder Cavalcante. **Tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa**: interpretação e aplicação. Belo Horizonte/MG: Editora Fórum, 2012, pp. 63-72.

¹⁰ MOTTA, Reuder Cavalcante. **Tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa**: interpretação e aplicação. Belo Horizonte/MG: Editora Fórum, 2012, p. 67.

patrimônio público. Contudo, na CF/88, essa ampla noção de patrimônio público se restringe, apartando-se dos conceitos de patrimônio social e meio ambiente. O texto lhes confere uma autonomia na medida em que os menciona sucessivamente. Senão veja-se:

Lei nº 4.717/65

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

§1º Consideram-se patrimônio público para os fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico.

Constituição Federal de 1988

Art. 5º (...)

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

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público; (...)

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: (...)

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

O Supremo Tribunal Federal (STF), inclusive, possui precedente que confirma o caráter mais restrito do conceito de patrimônio público, indicando que ele apenas se refere ao patrimônio *pecuniário* da Administração Pública.

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 576.155/DF¹² pelo STF – em que se decidiu pela legitimidade do Ministério Público para propor ação civil pública com o

¹¹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 20. ed. São Paulo/SP: Saraiva, 1999, pp. 247 e 248.

¹² STF, RE 576155, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 12/08/2010, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-226 DIVULG 24-11-2010 PUBLIC 25-11-2010

objetivo de anular Termo de Acordo de Regime Especial (TARE), em razão da legitimação *ad causam* que o texto constitucional lhe confere para defender o erário –, o então Ministro Carlos Ayres Britto sublinhou essa restrição do conceito constitucional de patrimônio público, apontando que ele somente dizia respeito àquele patrimônio “*que, de alguma forma, é conversível ou estimável em pecúnia – é um patrimônio de natureza material*”.

Segundo o Ministro Carlos Ayres Britto, o conceito de patrimônio público pode ser extraído do artigo 71, II, da CF/88¹³ como o conjunto de bens, valores e dinheiros da Administração Pública.

Além disso, a partir dos dispositivos constitucionais acima transcritos, é possível se inferir que a *conservação do patrimônio público* foi erigida a posição de um princípio constitucional que orienta a proteção desse bem jurídico coletivo de conteúdo muito bem delimitado pela própria CF/88. Dirige-se não apenas aos entes políticos, mas também a toda Administração Pública, à sociedade e ao cidadão individualmente considerado.

Celso Ribeiro Bastos¹⁴ ainda complementa que a CF/88, como novidade no sistema jurídico brasileiro, fez referência à *moralidade administrativa*, de maneira autônoma em relação ao patrimônio público, ao patrimônio social e ao meio ambiente.

Para Celso Bastos, isso significa um avanço, no sentido de garantir maior proteção à legalidade administrativa. Isso porque, nas hipóteses previstas nas legislações anteriores à CF/88, sempre havia uma referência a “*uma lesividade a algum valor não necessariamente de caráter pecuniário, mas que não se confundia com a pura e simples defesa dos valores da ordem jurídica*”¹⁵.

REPUBLICAÇÃO: DJe-020 DIVULG 31-01-2011 PUBLIC 01-02-2011 EMENT VOL-02454-05 PP-01230.

¹³ CF/88. Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: (...) II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público; (...).

¹⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 20. ed. São Paulo/SP: Saraiva, 1999, p. 248.

¹⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 20. ed. São Paulo/SP: Saraiva, 1999, p. 248.

Apesar de não ter previsão expressa nas Constituições brasileiras antes de 1988, há muitos anos a moralidade administrativa é considerada no Brasil como um princípio do Direito Administrativo, sobretudo pela influência do Direito Francês¹⁶.

Consoante Emerson Garcia e Rogério Alves Pacheco¹⁷, o princípio da moralidade administrativa exige que o administrador observe determinados valores subjacentes à atividade estatal e que defluem dos direitos fundamentais dos administrados. Com relação ao ato administrativo, o princípio faz com que o móvel do agente e o objetivo visado devam estar em harmonia com o dever de bem administrar e a consecução do bem comum. Outrossim, apesar de ser bem mais amplo, alcançando toda a teleologia da atividade estatal, o princípio da moralidade administrativa abarca a concepção de boa-fé objetiva.

Conforme analisa Edilson Pereira Nobre Júnior¹⁸,

(...) o agente credenciado para atuar em nome do ente estatal, máxime quando exerça competência discricionária, não pode postergar o lado moral da Administração, cabendo-lhe desempenhar sua tarefa com vistas à obtenção da melhor fórmula para concretizar os direitos fundamentais dos cidadãos. A movimentação administração orientada pela moral pressupõe, entre outros, valores como a lealdade institucional, a economicidade no manuseio dos recursos públicos, a tomada de decisões com base em critérios objetivos e imparciais, o regime de mérito no acesso à função pública, o combate à corrupção e a adequada prestação de serviços públicos.

É importante sublinhar ainda que a CF/88 em alguns de seus dispositivos faz referência à expressão improbidade administrativa, a par da moralidade administrativa:

Constituição Federal de 1988

Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: (...) V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º. (...)

Art. 37. (...) § 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. (...)

ADCT. Art. 97. (...) § 10. No caso de não liberação tempestiva dos recursos de que tratam o inciso II do § 1º e os §§ 2º e 6º deste artigo: (...) III - o chefe

¹⁶ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro/RJ: Editora Lumen Juris, 2010, pp. 88-93/98.

¹⁷ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro/RJ: Editora Lumen Juris, 2010, pp. 94-97.

¹⁸ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Improbidade Administrativa: alguns aspectos controvertidos. In: **Revista de Direito Administrativo**, v. 235, jan./mar. 2004, p. 62.

do Poder Executivo responderá na forma da legislação de responsabilidade fiscal e de improbidade administrativa;

José Afonso da Silva¹⁹ expõe que a probidade é uma forma de moralidade administrativa que recebeu tratamento especial pela Constituição. Consiste no desrespeito do agente público ao dever de, no exercício de suas funções, servir a Administração com honestidade, sem se aproveitar os poderes ou as facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem. Cuida-se de uma “*imoralidade administrativa qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem*”²⁰.

Esse entendimento foi acolhido em diversos precedentes do Superior Tribunal de Justiça²¹, especialmente de sua Primeira Turma, nos julgamentos da relatoria do Ministro Luiz Fux.

Perceba-se que, na prática, ao se estabelecer o patrimônio público e a moralidade administrativa como bens jurídicos autônomos, está-se protegendo com a maior abrangência possível tanto a esfera patrimonial quanto extrapatrimonial do Estado.

A jurisprudência tanto do STF²², como do Superior Tribunal de Justiça (STJ)²³, sobre esse aspecto, possuem precedentes no sentido de que, mesmo não havendo lesão no sentido pecuniário, de prejuízo meramente econômico para o Estado, a ação popular é cabível, uma vez que visa proteger não apenas o patrimônio pecuniário, mas também os patrimônios moral e cívico da administração.

¹⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. ed. São Paulo/SP, Malheiros Editores, 2004, p. 650.

²⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. ed. São Paulo/SP, Malheiros Editores, 2004, p. 650.

²¹ STJ, AgRg no AREsp 176.178/PI, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/06/2012, DJe 29/06/2012; REsp 1023904/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/06/2010, DJe 03/08/2010; STJ, EDcl no REsp 716.991/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/05/2010, DJe 23/06/2010; STJ, REsp 909.446/RN, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/04/2010, DJe 22/04/2010.

²² STF, RE 170768, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 26/03/1999, DJ 13-08-1999 PP-00016 EMENT VOL-01958-03 PP-00445.

²³ STJ, AgRg no REsp 774932/GO, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/03/2007, DJ 22/03/2007, p. 325; STJ, REsp 552691/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/05/2005, DJ 30/05/2005, p. 216; STJ, REsp 849.297/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/10/2012, DJe 08/10/2012; REsp 474.475/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/09/2008, DJe 06/10/2008.

Em se tratando da natureza jurídica da proteção do patrimônio público e da moralidade administrativa, Fernando Rodrigues Martins²⁴, perfilhando a CF/88, analisa que ela pertence aos chamados *direitos fundamentais de terceira dimensão*, especificamente aos chamados *direitos de solidariedade*.

Além dessa proteção estar expressamente prevista na CF/88 como interesse difuso, Fernando Martins²⁵ também chega a essa conclusão em virtude de que ela foi positivada como tutela contraposta aos efeitos do avanço tecnológico mitigador da liberdade em face da expansão das atividades estatais e privadas, as quais podem atentar contra a higidez no trato da coisa pública ou provocar o desvio orçamentário em detrimento das políticas públicas. Tais bens e direitos, nessa perspectiva, são materializados por uma titularidade coletiva.

Gregório Assagra de Almeida²⁶, no mesmo sentido, entende que a proteção dos bens jurídicos *patrimônio público e moralidade administrativa* se constitui em direito difuso propriamente dito com titulares indetermináveis e indivisibilidade ampla.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tendo como precedente o Recurso Extraordinário nº 208.790/SP²⁷, possui entendimento pacífico²⁸ de que a tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa se trata de um “*autêntico direito difuso*”.

De todo modo, não se pode olvidar que a proteção do patrimônio público e da moralidade administrativa já há muito tempo apresenta respaldo em tratados internacionais de direitos humanos.

²⁴ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do Patrimônio Público**: comentários à Lei de Improbidade Administrativa. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo/SP: Editora Revista dos Tribunais, 2009, pp. 61-65.

²⁵ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do Patrimônio Público**: comentários à Lei de Improbidade Administrativa. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo/SP: Editora Revista dos Tribunais, 2009, pp. 61-65.

²⁶ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo**: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 562.

²⁷ STF, RE 208790, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 27/09/2000, DJ 15-12-2000 PP-00105 EMENT VOL-02016-04 PP-00865 RTJ VOL-00176-02 PP-00957.

²⁸ STF, RE 576155, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 12/08/2010, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-226 DIVULG 24-11-2010 PUBLIC 25-11-2010 REPUBLICAÇÃO: DJe-020 DIVULG 31-01-2011 PUBLIC 01-02-2011 EMENT VOL-02454-05 PP-01230; STF, AI 481650 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 15/12/2009, DJe-022 DIVULG 04-02-2010 PUBLIC 05-02-2010 EMENT VOL-02388-03 PP-00645 RT v. 99, n. 895, 2010, p. 171-173; STF, AI 642034 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 20/11/2007, DJe-157 DIVULG 06-12-2007 PUBLIC 07-12-2007 DJ 07-12-2007 PP-00074 EMENT VOL-02302-13 PP-02553.

Inserida em um contexto de combate à corrupção e de salvaguarda do republicanismo, Fernando Rodrigues Martins²⁹ aponta que essa proteção restou consignada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na Declaração Universal de Direitos do Homem (1948), na Convenção Interamericana Contra a Corrupção (1996), na Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida, de 2003), dentre outros diversos tratados e acordos multilaterais.

Destaque-se que em vários desses documentos é frequente a noção de boa governança (*good governance*, bom governo ou condução responsável dos assuntos do Estado).

Nas palavras de J.J. Gomes Canotilho³⁰,

Good governance significa, numa compreensão normativa, a condução responsável dos assuntos do Estado. Trata-se, pois, não apenas da direção de assuntos do governo/administração mas também da prática responsável de actos por parte de outros poderes do Estado como o poder legislativo e o poder jurisdicional. Em segundo lugar, a *good governance* acentua a interdependência internacional dos estados, colocando as questões de governo como problema do multilateralismo dos estados e de regulações internacionais. Em terceiro lugar, a “boa governança” recupera algumas dimensões do *New Public Management* como mecanismo de articulação de parcerias público-privadas, mas sem ênfase unilateral das dimensões económicas. Por último, a *good governance* insiste novamente em questões politicamente fortes como as da governabilidade, da responsabilidade (*accountability*) e da legitimização.

É de se notar, nesse contexto, que a proteção do patrimônio público, da moralidade administrativa e da boa governança, intimamente imbrincados, pertencem tanto à categoria dos direitos humanos (considerados os referidos documentos internacionais), quanto a dos direitos fundamentais (já que é espécie do Direito Coletivo, que assumiu a postura de direito fundamental com a CF/88)³¹.

Assim, vê-se que são justamente estes os três princípios constitucionais que limitam e fundamentam a tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa:

²⁹ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do Patrimônio Público**: comentários à Lei de Improbidade Administrativa. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo/SP: Editora Revista dos Tribunais, 2009, pp. 51-56.

³⁰ CANOTILHO, J.J. GOMES. Constitucionalismo e Geologia da *good governance*. In: CANOTILHO, J.J. GOMES (Org.). “**Brançosos**” e **interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almeida, 2006, p. 327.

³¹ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do Patrimônio Público**: comentários à Lei de Improbidade Administrativa. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo/SP: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 51.

*princípio da conservação do patrimônio público, princípio da moralidade administrativa e princípio da boa governança*³².

Ainda merece destaque que o uso da palavra *tutela* é tecnicamente mais adequado, como pondera Reuder Motta³³, pois tanto exprime a ideia de cuidado como a de uma atuação ativa em prol da proteção dos bens jurídicos, se necessário.

No presente trabalho, portanto, adota-se a expressão *tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa* para designar a proteção do sistema jurídico brasileiro, em sua mais ampla abrangência, conferida ao patrimônio público, à moralidade administrativa e à boa governança, enquanto bens jurídicos coletivos constitucionalmente protegidos.

E dessarte, pode-se concluir que, com o advento da CF/88, a *tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa* foi estabelecida como um direito fundamental difuso, sendo orientada pelos princípios constitucionais da conservação do patrimônio público, da moralidade administrativa e da boa governança.

2.2 A MULTIFUNCIONALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Segundo Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins³⁴, principalmente a partir da década de 1960, muitas teorias dos direitos fundamentais surgiram procurando a redifinição e classificação dos direitos fundamentais a partir de seus efeitos, funções ou dimensões. A tendência contemporânea é a distinção entre as dimensões subjetiva (ou clássica) e objetiva.

Assim, tem-se que os direitos fundamentais possuem uma *dimensão* (ou perspectiva) *subjetiva* a qual corresponde à característica desses direitos de, em maior ou menor escala, ensejarem uma pretensão a que se adote um dado comportamento ou expressarem o poder da vontade de produzir efeitos sobre certas relações jurídicas³⁵.

Essa perspectiva convive com uma *dimensão objetiva* que leva em consideração o significado dos direitos fundamentais como princípios básicos do

³² MOTTA, Reuder Cavalcante. **Tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa: interpretação e aplicação**. Belo Horizonte/MG: Editora Fórum, 2012, p. 150.

³³ MOTTA, Reuder Cavalcante. **Tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa: interpretação e aplicação**. Belo Horizonte/MG: Editora Fórum, 2012, p. 79.

³⁴ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 109 e 110.

³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso do direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo/SP: Saraiva, 2013, p. 167.

sistema constitucional. Sob esse prisma, os direitos fundamentais participam da essência do Estado de Direito Democrático, operando como limite do poder e como diretriz para a sua ação³⁶.

Ao afirmar a dupla dimensão dos direitos fundamentais, não significa dizer que o direito subjetivo decorre do direito objetivo, mas sim que as normas que estabelecem direitos fundamentais, se podem ser subjetivadas, não dizem respeito somente ao sujeito, mas a todos aqueles que fazem parte da sociedade. Eles não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos seus titulares, enquanto faculdades ou poderes, pois valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins³⁷.

Isso faz com os direitos fundamentais influam sobre todo o sistema jurídico, transcendendo a perspectiva de posições individuais (subjetivas) e alcançando a estatura de normas que filtram os valores básicos da sociedade política, expandindo-os para todo o direito positivo. Formam, dessa forma, a base do sistema jurídico de um Estado Constitucional Democrático³⁸. Trata-se do fenômeno conhecido como *filtragem constitucional*.

E é importante considerar que na atual fase evolutiva da teoria dos direitos fundamentais, a circunstância deles apresentarem uma dupla dimensão, subjetiva e objetiva, implica em uma multiplicidade de suas funções na sociedade e na ordem jurídica, ou seja, na chamada *multifuncionalidade dos direitos fundamentais*³⁹.

Esse reconhecimento da multifuncionalidade dos direitos fundamentais, contextualizado mediante a filtragem constitucional, auxilia na classificação dos direitos fundamentais de uma forma sistemática e operacional⁴⁰. Em outras palavras, essa diversidade de funções leva a que a própria estrutura dos direitos fundamentais não seja unívoca e propicia algumas classificações, úteis para a melhor compreensão do conteúdo e da eficácia dos vários direitos⁴¹.

³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso do direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo/SP: Saraiva, 2013, p. 167.

³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela de direitos**. 4 ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 138.

³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso do direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo/SP: Saraiva, 2013, p. 167.

³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo/SP: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 311.

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo/SP: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 312.

⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso do direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo/SP: Saraiva, 2013, p. 156.

Parte-se da premissa de que existe um direito fundamental em sentido amplo, considerado como um todo: um complexo de posições jurídicas. Contudo, consideradas de modo individualizado, essas posições jurídicas assumem a condição de direitos subjetivos (dimensão subjetiva dos direitos fundamentais), cujo objeto tanto pode ser negativo (direito a um não agir do Estado) quanto positivo (direito a exigir do Estado condutas ativas capazes de colocar à disposição dos particulares meios jurídicos e materiais indispensáveis à realização das suas necessidades)⁴².

Nesse esteio, o Ingo Wolfgang Sarlet⁴³ classifica os direitos fundamentais quanto às funções em dois grandes grupos:

(...) os direitos fundamentais cumprem, em regra, uma dupla função, abrangendo um viés (dimensão) simultaneamente negativo e positivo. Todavia, de acordo com o objeto de cada posição subjetiva atribuída ao titular do direito, os direitos fundamentais podem ser classificados em: 1. Direitos de defesa (direitos negativos), no sentido de proibições de intervenção (exigências de abstenção/omissão); 2. Direitos a prestações (direitos positivos), no sentido de direitos a ações positivas, que exigem do destinatário uma atuação em nível de prestações fáticas (materiais) ou normativas (jurídicas), incluindo, neste caso, o de dever de emitir normas de proteção, organização e procedimento.

Se na concepção liberal-burguesa, os direitos fundamentais eram considerados como *direitos de defesa* do indivíduo contra interferências do Estado em sua propriedade e liberdade, com as transformações do Estado e de suas funções diante da sociedade, eles passam também a ser encarados como direitos a prestações⁴⁴.

Não bastava garantir as liberdades diante do Estado. Era necessário também dele se exigir *prestações sociais* que efetivamente possibilitassem o exercício da liberdade e *prestações de proteção* aos direitos, como também “*prestações idôneas a viabilizar a participação dos particulares na reivindicação de proteção e dos direitos sociais e nos próprios procedimentos judiciais voltados à tutela dos direitos*”⁴⁵.

⁴² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo/SP: Editora Revista dos Tribunais, 2013, pp. 313 e 314. MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela de direitos**. 4 ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 126.

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo/SP: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 314.

⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela de direitos**. 4 ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 126.

⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela de direitos**. 4 ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 126.

A partir dessa concepção de que a liberdade deveria ser conquistada com a ajuda do Estado, passaram a fazer parte dos direitos fundamentais, além dos *direitos de defesa*, os *direitos a prestações*, sendo divididos esses últimos em: *direitos a prestações sociais*, *direitos de proteção* e *direitos de participação* (que exigem organização e procedimentos adequados)⁴⁶.

Enquanto que os direitos a *prestações sociais* representam os chamados direitos de segunda dimensão e os *direitos de proteção*, os de terceira dimensão (como os direitos ao meio ambiente e do consumidor), os *direitos de participação* são representados por meio de três modelos distintos: das eleições; de várias formas previstas na CF/88, como na educação (artigos 205⁴⁷ e 206⁴⁸) e na saúde (artigo 198⁴⁹); e do procedimento judicial, como nas ações de tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa, das do controle de constitucionalidade e das ações coletivas deferidas, por exemplo, às associações de defesa dos consumidores e do meio ambiente⁵⁰.

Ocorre que no Brasil, como apontado acima, a função dos direitos fundamentais não se limita ao seu aspecto de direitos subjetivos. Muito além de garantias negativas e positivas dos interesses individuais, os direitos fundamentais se apresentam no sistema constitucional como “*um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretos da ação positiva dos poderes públicos*”⁵¹.

⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela de direitos**. 4 ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 126.

⁴⁷ CF/88. Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

⁴⁸ CF/88. Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; III - pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; V - valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas; VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei; VII - garantia de padrão de qualidade. VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal. Parágrafo único. A lei disporá sobre as categorias de trabalhadores considerados profissionais da educação básica e sobre a fixação de prazo para a elaboração ou adequação de seus planos de carreira, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

⁴⁹ CF/88. Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade.

⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela de direitos**. 4 ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, pp. 127 e 128.

⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo/SP: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 308.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais representa um reforço da juridicidade das normas de direitos fundamentais, especialmente naqueles aspectos que se agregam às funções reconhecidas aos direitos fundamentais⁵².

Como um dos desdobramentos da dimensão objetiva, tem-se a *eficácia irradiante ou efeito de irradiação dos direitos fundamentais*, que consiste nos impulsos e diretrizes fornecidos para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, implicando em uma interpretação conforme aos direitos fundamentais de todo o sistema jurídico⁵³. Ficam-lhes vinculadas e orientadas as atuações do legislador constitucional, do legislador infraconstitucional, do administrador, do juiz e até mesmo do particular⁵⁴.

Outra função reconduzida à dimensão objetiva é a que diz respeito aos *deveres de proteção do Estado*. Isto é, incumbe aos órgãos estatais assegurar permanentemente níveis eficientes de proteção, inclusive de forma preventiva, para os diversos bens fundamentais, não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões de particulares e de outros Estados. Abrange tanto a vedação de omissões, como a proibição de uma proteção manifestamente insuficiente. Tudo sujeito ao controle por parte dos órgãos estatais, inclusive por parte do Judiciário⁵⁵.

Também vinculada à dimensão objetiva é a *função organizatória ou procedimental*. Nela, a partir do conteúdo das normas de direitos fundamentais, é possível extrair consequências tanto para a aplicação e interpretação das normas procedimentais, como para “*uma formatação do direito organizacional e procedimental que auxilie na efetivação da proteção aos direitos fundamentais, evitando-se os riscos de uma redução do seu significado e conteúdo material*”⁵⁶.

É inegável a íntima vinculação entre direitos fundamentais, organização e procedimento. Do mesmo modo que os direitos fundamentais são dependentes da

⁵² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo/SP: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 308.

⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo/SP: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 308.

⁵⁴ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo**: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 380.

⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo/SP: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 309.

⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo/SP: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 309.

organização e do procedimento, eles também atuam sobre o direito procedimental e as estruturas organizacionais⁵⁷.

Vale destacar, ainda, que a dimensão objetiva encontra ressonância na dimensão subjetiva, visto que os efeitos jurídicos inerentes à dimensão objetiva implicam, em maior ou menor medida, a possibilidade de invocar as três funções acima referidas perante o Poder Judiciário, por meio dos diversos mecanismos disponíveis⁵⁸.

Feitas essas considerações, apresentou-se uma visão geral do que venha a ser a multifuncionalidade dos direitos fundamentais, salientando algumas classificações, as quais implicaram diretamente na efetividade do direito fundamental da tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa.

2.3 O ENQUADRAMENTO DA TUTELA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA NA CLASSIFICAÇÃO FUNCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Com o advento do Neoconstitucionalismo, como acentua Luís Roberto Barroso⁵⁹, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia –, mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do direito. Este fenômeno, identificado como *filtragem constitucional*, como já referido anteriormente, consiste em que toda ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados.

Dessa forma, o fenômeno da constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal característica a inclusão na Constituição de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional⁶⁰.

⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo/SP: Editora Revista dos Tribunais, 2013, pp. 309 e 310.

⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo/SP: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 311.

⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 43.

⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 43.

A CF/88, assim, figura no centro do sistema jurídico, funcionando não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação para todas as normas do sistema⁶¹.

Dentro dessa perspectiva, Gregório Assagra de Almeida⁶² assevera que a concepção do Direito Coletivo no Brasil, atualmente, tem amparo constitucional (possui natureza jurídica de direito fundamental) e é diretriz, juntamente com o Direito Individual, que “*deve pautar a nova metódica de classificação e de compreensão conceitual e substancial da própria ordem jurídica, tendo como ponto de unidade e de apoio o Direito Constitucional*”.

Por consequência, no sistema jurídico brasileiro, a tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa (como espécie de Direito Coletivo) pertence à teoria dos direitos e garantias fundamentais⁶³.

Impõe-se, desse modo, que sobre a tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa se imprima uma leitura aberta e ampliativa, própria da interpretação dos direitos fundamentais concebida a partir do pós-positivismo⁶⁴, considerando os aspectos ligados às suas dimensões e funções, sobretudo pelas implicações que tais institutos repercutem na sua efetividade.

Observe-se, como registrado no item anterior, que as ações coletivas têm importante relação com os direitos a prestações, uma vez que, além de permitirem a tutela jurisdicional dos direitos fundamentais que exigem *prestações sociais e adequada proteção*, constituem condutos vocacionados a permitir ao povo reivindicar os seus direitos fundamentais⁶⁵.

⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 43.

⁶² ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo**: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 429.

⁶³ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo**: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 361.

⁶⁴ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo**: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 361.

⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo/SP: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 115 e 116.

Acontece que as ações coletivas, muito mais do que simples procedimentos concebidos para a tutela jurisdicional, representam a possibilidade da *participação* na estrutura social e no poder mediante instrumentos e procedimentos adequados⁶⁶.

Perceba-se que essa *participação* na estrutura social e no poder não se circunscreve à reserva de locais de participação em órgãos públicos (como previsto na CF/88 em matérias de educação e saúde) ou em procedimentos voltados a decisões públicas (viabilizados pelo exercício dos direitos políticos), mas também mediante procedimentos judiciais aptos à tutela dos direitos transindividuais⁶⁷ e ao controle de constitucionalidade das leis.

Não se deve esquecer que a simples possibilidade da ação coletiva se prestar a exigir ações positivas por parte do Estado (como no fornecimento de medicamentos ou na criação de vagas em creches) já constitui uma prestação normativa do legislador destinada a viabilizar a participação na reivindicação dos direitos fundamentais, fazendo com que a jurisdição se torne um local que acolhe a participação⁶⁸.

Todavia, no que diz respeito particularmente à tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa, chama a atenção o aspecto de que as ações coletivas que lhe são afetas, endereçadas contra o Poder Público, permitem ao povo participar diretamente do poder, apontando desvios na gestão da coisa pública⁶⁹.

Sob essa perspectiva, e seguindo a classificação funcional dos direitos fundamentais, o direito fundamental da tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa se enquadra na categoria dos *direitos de participação*, visto que o seu objeto consiste em “*assegurar ao indivíduo a execução (implementação) de procedimentos ou organizações em geral, ou mesmo a possibilidade de participação em procedimentos ou estruturas organizacionais já existentes*”⁷⁰.

Nessa espécie de Direito Coletivo, as ações coletivas que buscam lhe dar garantia configuram mecanismo de participação popular, que podem ser deferidas

⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo/SP: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 116.

⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo/SP: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 116. Sobre os direitos fundamentais de participação relativo aos direitos políticos: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso do direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo/SP: Saraiva, 2013, p. 167.

⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo/SP: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 116.

⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo/SP: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 116.

⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo/SP: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 310.

individualmente ao cidadão, como na ação popular (regulada pela Lei nº 4.171/1965), da mesma forma que utilizadas por entes que fazem as vozes dos titulares dos direitos, como nas demais ações que instrumentalizam a tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa⁷¹.

Desse modo, a jurisdição funciona como um poder que permite a participação do cidadão e dos referidos entes na correção das violações do patrimônio público, da moralidade administrativa e da boa governança. Mais do que expressar um local para a participação na reivindicação dos direitos fundamentais, revela um lugar imprescindível para otimizar essa participação⁷².

E, além disso, na medida em que a jurisdição fomenta a participação para o controle das decisões tomadas pelo Poder Público, não apenas *colabora* para participação, mas também *exerce o seu poder ao decidir* sobre a lisura na gestão do patrimônio público⁷³.

É por isso que as ações coletivas que garantem a participação no controle das decisões públicas conferem um *plus* à função jurisdicional. Porque além do juiz deixar de tutelar exclusivamente os direitos individuais e passar a proteger o patrimônio público, moralidade administrativa e a boa governança, faz com que a jurisdição tome o seu lugar na efetivação da democracia, que necessita de técnicas de participação “direta” para poder construir uma sociedade mais justa⁷⁴.

Note-se que atualmente o processo coletivo é encarado como espécie de processo de interesse público (*public law litigation*)⁷⁵, não se resumindo a solucionar os conflitos de interesses das partes, mas também objetivando a preservação da harmonia e a realização dos objetivos constitucionais e da comunidade. Busca-se, por meio do judiciário e de casos paradigmáticos, alcançar mudanças sociais⁷⁶.

Não raras vezes na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa, ações coletivas são ajuizadas não apenas com o objetivo de proteger o

⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo/SP: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 116.

⁷² MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo/SP: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 116 e 117.

⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo/SP: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 116.

⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo/SP: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 116.

⁷⁵ DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 4. Processo Coletivo. 9. ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador/BA: Editora Juspodivm, 2014, p. 33.

⁷⁶ CARDOSO, Evorah Lusci Costa. **Litígio estratégico e sistema interamericano de direitos humanos**. Belo Horizonte/MG: Editora Fórum, 2012, p. 41.

patrimônio pecuniário do Estado e punir os malversadores do erário, mas também de buscar novos e eficientes modelos de gestão pública, abolir determinadas práticas no serviço público, fomentar o controle social por parte dos cidadãos e propagar uma cultura republicana na sociedade.

Sobretudo porque, como observa Edilson Pereira Nobre Júnior⁷⁷,

Não se é possível desconhecer que o Estado brasileiro, sob o ponto de vista de suas instituições administrativas, notabiliza-se, ainda, pela versão patrimonialista, a qual continua, mesmo diante de algumas tentativas para o despertar de uma administração gerencial, fortemente arraigada na cultura tanto das elites quanto das classes menos favorecidas. Isso favorece práticas contrárias à boa administração, evidenciando má-fé daquele a quem cabe gerir e concretizar o interesse público.

Dessarte, analisando a tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa em sua dimensão objetiva, constata-se que os princípios da conservação do patrimônio público, da moralidade administrativa e da boa governança se apresentam no sistema constitucional como “*um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos*”⁷⁸.

Como desdobramento de sua dimensão objetiva, e levando em consideração as facetas da *função de proteção do Estado* e da *função organizatória e procedimental*, deve-se atentar que uma das principais formas de concretização dos *deveres de proteção do Estado* quanto à tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa passa pela aplicação de técnicas processuais por parte do Estado-juiz que lhe garantam efetividade.

Como assevera Luiz Guilherme Marinoni⁷⁹,

O que falta, porém, é atentar para que, se a técnica processual é imprescindível para a efetividade da tutela dos direitos, não se pode supor que, diante da omissão do legislador, o juiz nada possa fazer. Isso por uma razão simples: o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional não se volta apenas contra o legislador, mas também se dirige contra o Estado-Juiz. Por isso, é absurdo pensar que o juiz deixa de ter dever de tutelar de forma efetiva os direitos somente porque o legislador deixou de editar uma norma processual mais explícita.

⁷⁷ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Improbidade Administrativa: uma leitura do art. 11 da lei 8.429/92 à luz do princípio da segurança jurídica. In: **Direito Federal**, n. 93, Ano 26, 2º semestre de 2013, p. 208.

⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo/SP: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 308.

⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 4 ed. ver. e atual. São Paulo/SP: Editora Revista dos Tribunais, 2013, pp. 178 e 179.

Como consequência disso, há que entender que o cidadão não tem simples direito à técnica processual evidenciada na lei, mas direito a um determinado comportamento judicial que seja capaz de conformar a regra processual com as necessidades do direito material e dos casos concretos.

Como é óbvio, não se pretende dizer que o juiz deve pensar o processo civil segundo seus próprios critérios. O que se deseja evidenciar é que o juiz tem o dever de interpretar a legislação processual à luz dos valores da Constituição Federal. Como esse dever gera o de pensar o procedimento em conformidade com as necessidades do direito material e da realidade social, é imprescindível ao juiz compreender as tutelas devidas ao direito material e perceber as diversas necessidades da vida das pessoas.

Gregório Assagra de Almeida⁸⁰, inclusive, aponta que o Direito Coletivo é orientado pelo *princípio da conformação do procedimento e do provimento de acordo com as necessidades do Direito Coletivo*, pelo qual o direito processual precisa conferir os meios necessários para atender às necessidades do direito material coletivo, enquanto integrante da teoria dos direitos e garantias fundamentais.

Nesse sentido, é um direito de todos os legitimados das ações referentes a essa espécie de Direito Coletivo que o Estado-Juiz tenha um comportamento judicial que seja capaz de conformar a regra processual com as necessidades do direito material e dos casos concretos.

O Estado-Juiz tem o dever de interpretar a legislação processual à luz dos princípios da conservação do patrimônio público, da moralidade administrativa e da boa governança.

E é justamente nisto que consiste o principal objetivo do presente trabalho: evidenciar as técnicas processuais existentes que são mais adequadas à garantia da máxima efetividade do direito fundamental da tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa.

Em vista disso, no próximo capítulo, será explicada a existência no sistema jurídico brasileiro de um microssistema normativo responsável por regular o processo coletivo que instrumentaliza a tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa, o qual deve ser interpretado à luz da teoria do diálogo das fontes.

Para ao final, destacar dentre as inúmeras técnicas processuais existentes nesse microssistema, aquelas que se revelam mais aptas a garantir a máxima efetividade do direito fundamental ora analisado.

⁸⁰ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo**: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, pp. 462 e 463.

3 O MICROSSISTEMA PROCESSUAL COLETIVO DA TUTELA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E A SUA INTERPRETAÇÃO À LUZ DA TEORIA DO DIÁLOGO DAS FONTES

Vigora no Brasil um conjunto de diplomas normativos especiais que, sob a ótica da CF/88, são responsáveis pela regulação do processo coletivo que garante a concretização da tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa.

A maneira de como tais normas são aplicadas, se adequadas ou não às necessidades da realidade social e do direito material, repercute diretamente na efetividade do direito fundamental tutelado.

Nesses termos, no presente capítulo serão explicadas as características do microsistema processual coletivo da tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa e como deve dar-se a sua interpretação à luz da teoria do diálogo das fontes.

3.1 O MICROSSISTEMA PROCESSUAL COLETIVO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Reuder Motta⁸¹ aponta que o conceito de microsistema surge com Natalino Irti, a partir de sua obra “*A idade da decodificação*”, lançada na Itália em 1979, que visava observar os princípios próprios e a lógica autônoma que assumiam as leis especiais, ao disciplinarem dadas matérias e classes de assuntos (segmentos específicos da realidade social), com relação à disciplina generalista do Código Civil.

Na época em que a obra foi escrita, havia em toda a Europa um movimento das leis especiais que fluíam de modo irrefreável, em busca de dar respostas às fortes demandas da realidade, oferecendo-se as leis especiais como o instrumento mais adequado para atender às necessidades e problemas de novas classes e de grupos particulares⁸².

⁸¹ MOTTA, Reuder Cavalcante. **Tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa: interpretação e aplicação.** Belo Horizonte/MG: Editora Fórum, 2012, pp. 83-93.

⁸² MOTTA, Reuder Cavalcante. **Tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa: interpretação e aplicação.** Belo Horizonte/MG: Editora Fórum, 2012, pp. 83 e 84.

Exemplo desse fenômeno de “decodificação” eram as normas de locação de imóveis urbanos, rústicos ou comerciais que se tornaram uma disciplina jurídica diversa dos institutos de direito comum previstos no Código Civil⁸³.

Diante de tal cenário, Natalino Irti apregoava, sobretudo com o advento da Constituição republicana da Itália de 1948, que o Código Civil perdeu a característica de centralidade do sistema de fontes do direito, não coincidindo mais o ordenamento jurídico com o monossistema que tinha no centro o seu conteúdo e gravitando ao seu redor as leis especiais. É a Constituição que passa a garantir a unidade do polissistema, como fonte de irradiação de todo o sistema jurídico (*eficácia irradiante dos direitos fundamentais*), tendo como destinatários também os microssistemas⁸⁴.

Como afirmam Fredie Didier e Hermes Zanetti⁸⁵, os microssistemas evidenciam e caracterizam o policentrismo do direito contemporâneo, com vários centros de poder e harmonização sistemática: a Constituição (prevalente), o Código Civil e as leis especiais.

Natalino Irti, então, propõe a “recodificação” (contraponto da decodificação) que corresponde a uma função residual dos Códigos que não é fechada em si mesma, contribuindo para a harmonização dos microssistemas com a Constituição.

No Brasil, em que pese o fenômeno dos microssistemas já habitar há décadas discussões doutrinárias próprias do Direito Civil, ele ganhou força na doutrina e na jurisprudência nacionais após o advento do Código de Defesa do Consumidor - CDC (Lei nº 8.078/90).

O Código de Defesa do Consumidor, por meio dos seus artigos 90⁸⁶ e 117 (que alterou o artigo 21⁸⁷ da Lei nº 7.347/85), atuou como um verdadeiro agente unificador e harmonizador da defesa de direitos coletivos em sentido amplo, criando a novidade de um microssistema para as ações coletivas⁸⁸.

⁸³ MOTTA, Reuder Cavalcante. **Tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa: interpretação e aplicação**. Belo Horizonte/MG: Editora Fórum, 2012, p. 84.

⁸⁴ MOTTA, Reuder Cavalcante. **Tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa: interpretação e aplicação**. Belo Horizonte/MG: Editora Fórum, 2012, pp. 91 e 92.

⁸⁵ DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 4. Processo Coletivo. 9. ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador/BA: Editora Juspodivm, 2014, p. 43.

⁸⁶ Lei nº 8.078/90. Art. 90. Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições.

⁸⁷ Lei nº 7.347/85. Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

⁸⁸ DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 4. Processo Coletivo. 9. ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador/BA: Editora Juspodivm, 2014, p. 44 e 45.

E essa reciprocidade não se restringiu apenas ao CDC e à Lei da Ação Civil Pública, mas também aos demais diplomas da tutela jurisdicional coletiva, que, uma vez interligados, implantam a inteligência de suas regras naquilo que for útil e pertinente para o direito processual coletivo, o que propicia a comunicação constante entre todas as normas desse especial microsistema⁸⁹.

Como obtempera Rodrigo Mazzei⁹⁰, a marca do microsistema processual coletivo é a reunião intercomunicante de vários diplomas, um conjunto de diplomas especiais com mesmo escopo (tutela de massa), o que o distingue da maioria dos microsistemas que só recebem influências de normas gerais.

No que for compatível, seja a ação popular, a ação civil pública, a ação de improbidade administrativa e mesmo o mandado de segurança, aplica-se o Título III do CDC (“Da Defesa do Consumidor em Juízo”, que vai do artigo 81 ao 104).

As leis que formam esse conjunto de regulação em especial se interpenetram e se subsidiam, devendo o intérprete aferir em concreto a eventual incompatibilidade e a especificidade de cada norma coletiva em relação aos demais diplomas⁹¹.

Para Rodrigo Mazzei⁹², a perspectiva tradicional prevista no Código de Processo Civil possui atuação apenas residual e não, subsidiária. Pois, verificada a omissão no diploma coletivo especial, o intérprete deve buscar a regulação dentro do microsistema processual coletivo. Subsidiária é a aplicação do Título III do CDC. A aplicação do Código de Processo Civil, de índole individual, é apenas residual.

Aí residiria para Fredie Didier e Hermes Zanetti⁹³ a grande contribuição de Rodrigo Mazzei à teoria dos microsistemas, na indicação de que os diplomas que tratam da tutela coletiva são intercambiantes entre si, aderindo a uma “*intertextualidade*

⁸⁹ MAZZEI, Rodrigo. A intervenção móvel da pessoa jurídica na Ação Popular e Ação de Improbidade Administrativa (artigos 6º, § 3º da LAP e 17, § 3º da LIA). In: DIDIER JR., Fredie; MOUTA, José Henrique; MAZZEI, Rodrigo. **Tutela Jurisdicional Coletiva**. 2ª Série. Salvador/BA: Editora Juspodivm, p. 611.

⁹⁰ MAZZEI, Rodrigo Reis. A ação popular e o microsistema da tutela coletiva. In: GOMES JR., Luiz Manoel (Coord.). Ação popular – Aspectos controvertidos e relevantes – 40 anos da Lei 4717/65. São Paulo: RCS, 2006. *apud* DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 4. Processo Coletivo. 9. ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador/BA: Editora Juspodivm, 2014, p. 46.

⁹¹ MAZZEI, Rodrigo Reis. A ação popular e o microsistema da tutela coletiva. In: GOMES JR., Luiz Manoel (Coord.). Ação popular – Aspectos controvertidos e relevantes – 40 anos da Lei 4717/65. São Paulo: RCS, 2006. *apud* DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 4. Processo Coletivo. 9. ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador/BA: Editora Juspodivm, 2014, p. 47.

⁹² DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 4. Processo Coletivo. 9. ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador/BA: Editora Juspodivm, 2014, p. 44 e 45.

⁹³ DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 4. Processo Coletivo. 9. ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador/BA: Editora Juspodivm, 2014, pp. 44 e 45.

intra-sistemática”: assumem-se incompletos para aumentar sua flexibilidade e durabilidade em uma realidade pluralista, complexa e dinâmica.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), seja por meio das decisões da Corte Especial⁹⁴, da Primeira⁹⁵ e Segunda⁹⁶ Seções, bem como de diversas de suas Turmas⁹⁷, tem reconhecido a existência de um microsistema processual de proteção dos interesses ou direitos coletivos em sentido amplo, que possuem os artigos 21 da Lei nº 7.347/85 e 90 do Código de Defesa do consumidor como normas de envio e no qual se comunicam outras normas – como o Estatuto do Idoso (10.741/2003) e o da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), a Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/1965), a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92) e outras que visam tutelar direitos dessa natureza –, de forma que os instrumentos e institutos podem ser utilizados com o escopo de propiciar sua adequada e efetiva tutela jurisdicional.

Veja-se que no Conflito de Competência nº 97351/SP⁹⁸, a Primeira Seção do STJ decidiu que diante da inexistência de regramento específico da Lei nº 8.429/92 acerca da competência territorial, aplica-se o artigo 2º da Lei nº 7.347/85⁹⁹ (que prevê como regra a fixação do foro competente o do local do dano), tendo em vista a relação de mútua complementariedade entre os feitos exercitáveis no âmbito coletivo,

⁹⁴ STJ, REsp 1243887/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/10/2011, DJe 12/12/2011.

⁹⁵ STJ, CC 97351/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/05/2009, DJe 10/06/2009.

⁹⁶ STJ, REsp 1070896/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 14/04/2010, DJe 04/08/2010.

⁹⁷ STJ, REsp 1395875/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/02/2014, DJe 07/03/2014; STJ, AgRg no REsp 1359958/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/11/2013, DJe 13/11/2013; STJ, REsp 1269494/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/09/2013, DJe 01/10/2013; REsp 1217554/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/08/2013, DJe 22/08/2013; REsp 1221254/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/06/2012, DJe 13/06/2012; STJ, AgRg no AREsp 114.401/PR, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 13/03/2012, DJe 23/03/2012; STJ, REsp 695.396/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/04/2011, DJe 27/04/2011; STJ, REsp 1098669/GO, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/11/2010, DJe 12/11/2010; STJ, REsp 1085218/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 06/11/2009; STJ, REsp 1012158/GO, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/06/2009, DJe 17/06/2009; STJ, REsp 1108542/SC, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/05/2009, DJe 29/05/2009; STJ, REsp 510.150/MA, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/02/2004, DJ 29/03/2004, p. 173.

⁹⁸ STJ, CC 97351/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/05/2009, DJe 10/06/2009.

⁹⁹ Lei nº 7347/85. Art. 2º As ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa. Parágrafo único. A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto.

extraindo-se a norma de integração do próprio âmbito do microsistema processual coletivo. Esse mesmo precedente foi utilizado no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.359.958/RJ¹⁰⁰ pela Primeira Turma do STJ, em que se resolveu questão idêntica.

Com relação a como se daria a aplicação do Código de Processo Civil em relação aos demais diplomas especiais que regulam o direito processual coletivo, a jurisprudência do STJ é cambiante. Tanto utiliza a expressão *subsidiária*¹⁰¹, como *residual*¹⁰². Apenas quando lança mão dessa última expressão é que ressalta a distinção dos termos, amparando-se na obra de Rodrigo Mazzei.

Vale enfatizar que, inserto no microsistema processual coletivo, é possível se identificar a existência de um microsistema ainda mais específico: o pertinente às ações coletivas da tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa.

Esse *microsistema processual da tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa* é composto basicamente pelas normas que regem as ações que objetivam tutelar essa espécie de Direito Coletivo em particular, quais sejam: *ação popular* (artigo 5º, LXXIII, da Constituição Federal¹⁰³, e Lei nº 4.717/1965), *ação de improbidade administrativa* (artigo 37, §4º, da Constituição Federal¹⁰⁴, e Lei nº 8.429/92), *ação de ressarcimento ao erário* (artigo 37, §5º, da Constituição Federal¹⁰⁵), *ação civil pública de defesa do patrimônio público* (artigo 129, III e §1º, da Constituição Federal¹⁰⁶, e Lei nº 7.347/85), *ação ministerial de invalidade de ato*

¹⁰⁰ STJ, AgRg no REsp 1359958/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/11/2013, DJe 13/11/2013.

¹⁰¹ STJ, REsp 1217554/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/08/2013, DJe 22/08/2013; STJ, REsp 1098669/GO, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/11/2010, DJe 12/11/2010.

¹⁰² STJ, REsp 1108542/SC, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/05/2009, DJe 29/05/2009.

¹⁰³ CF/88. Art. 5º (...) LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência; (...).

¹⁰⁴ CF/88. Art. 37. (...) § 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

¹⁰⁵ CF/88. Art. 37. (...) § 5º - A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

¹⁰⁶ CF/88. Art. 129. (...) 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; § 1º - A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei.

administrativo (artigo 25, IV, b, da Lei nº 8.625/93¹⁰⁷)¹⁰⁸ e *ação de responsabilização civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira* (Lei nº 12.846/2013).

A *ação popular* possui como sujeito ativo qualquer cidadão. Como objeto, dentre outros direitos, a proteção do patrimônio público e da moralidade administrativa. E como finalidades a desconstituição do ato lesivo e a condenação dos responsáveis ao ressarcimento do erário, além de perdas e danos.

Já a *ação de improbidade administrativa* possui natureza sancionatória e é aplicável aos agentes públicos que cometem infrações político-administrativas, qualificadas por um elemento subjetivo (dolo genérico ou culpa) e pela má-fé, que importam em enriquecimento ilícito, causam prejuízo ao erário e atentam contra os princípios da administração pública. É aplicável também às pessoas físicas e jurídicas que induzem, concorrem ou se beneficiam dos atos de improbidade administrativa, nos termos da Lei nº 8.429/92.

Busca-se com a ação de improbidade administrativa, além do ressarcimento dos danos provocados ao erário, a condenação às sanções de perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio do réu, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil, 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 o réu seja sócio majoritário.

De acordo com o artigo 17 da Lei nº 8.429/92¹⁰⁹, a ação de improbidade administrativa poderá ser proposta apenas pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada.

Por sua vez, a *ação de ressarcimento ao erário* possui como marca peculiar que a distingue das demais ações coletivas de proteção do patrimônio público e da moralidade administrativa a sua imprescritibilidade, não convalidando a sua pretensão

¹⁰⁷ Lei nº 8.625/93. Art. 25. Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público: (...) IV - promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei: (...) b) para a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem;(...).

¹⁰⁸ MOTTA, Reuder Cavalcante. **Tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa: interpretação e aplicação.** Belo Horizonte/MG: Editora Fórum, 2012, pp. 112-135.

¹⁰⁹ Lei nº 8.429/92. Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

com o decurso do tempo. Não possui indicação expressa na CF/88 quem seriam os seus legitimados ativos e passivos.

Em se tratando da *ação civil pública de defesa do patrimônio público*, esse instrumento possui finalidade ampla, não se restringindo à condenação em dinheiro ou ao cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, como sugere a rápida leitura do artigo 3º da Lei nº 7.347/85¹¹⁰, mas todos os tipos de tutela, à luz do microsistema processual coletivo, nos termos dos artigos 21 da Lei da Ação Civil Pública¹¹¹ e 83 do Código de Defesa do Consumidor¹¹².

Possui como legitimados ativos, segundo o artigo 5º da Lei nº 7.347/85¹¹³, o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, autarquias, empresas públicas, fundações, sociedade de economia mista e associação que, concomitantemente: esteja constituída há pelo menos um ano nos termos da lei civil; e inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público.

Vale mencionar que há inclusive entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça, por meio da Súmula nº 329, de que “*O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público*”.

A *ação ministerial de invalidade de ato administrativo* se trata, na verdade, de uma de ação civil pública proposta pelo Ministério Público com o pedido característico da ação popular, qual seja, o de anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa.

Por fim, a *ação de responsabilização civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira*, também de natureza sancionatória (assim como a ação de improbidade administrativa), consiste no mais

¹¹⁰ Lei nº 7.347/85. Art. 3º. A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

¹¹¹ Lei nº 7.347/85. Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

¹¹² Lei nº 8.078/90. Art. 83. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

¹¹³ Lei nº 7.347/85. Art. 5º. Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I - o Ministério Público; II - a Defensoria Pública; III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V - a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

novo instrumento da tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa, que é regulada pela recente Lei nº 12.846/2013.

Mesmo sendo pressionado há anos pela OCDE (Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico) para a regulação dessa matéria, pode-se afirmar que a edição da Lei nº 12.846/2013 se deu em virtude dos movimentos populares de julho de 2013 que, dentre uma extensa e plural pauta de reivindicações, cobrava do Estado brasileiro medidas efetivas no combate à corrupção.

Pelo artigo 19 da citada lei¹¹⁴, são legitimados para propor a referida ação a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios – por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes –, como também o Ministério Público.

Ainda pelo mesmo dispositivo, ficam estabelecidas as seguintes sanções para as pessoas jurídicas que praticarem atos contra a administração pública: perdimento dos bens direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito lesado ou de terceiro de boa-fé; suspensão ou interdição parcial de suas atividades; dissolução compulsória da pessoa jurídica; proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de um e máximo de cinco anos.

Deve-se destacar que, apesar da Lei nº 4.717/1965 ter sido editada ainda na primeira fase da tutela jurídica coletiva (quando a tutela jurídica era quase que absolutamente individualista) e a Lei nº 7.347/85 na segunda fase (a da proteção fragmentária dos direitos transindividuais), com o advento da CF/88, elas recebem uma releitura, fazendo parte da atual fase da tutela jurídica integral, irrestrita e ampla do Direito Coletivo.

Relembre-se que no constitucionalismo democrático pós-positivista, os direitos e garantias fundamentais possuem valores que devem irradiar todo o sistema jurídico,

¹¹⁴ Lei nº 12.846/2013. Art. 19. Em razão da prática de atos previstos no art. 5º desta Lei, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras: I - perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé; II - suspensão ou interdição parcial de suas atividades; III - dissolução compulsória da pessoa jurídica; IV - proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.

constituindo a sua essência e base (*eficácia irradiante ou efeito de irradiação dos direitos fundamentais*)¹¹⁵.

Como pondera Susana Henriques da Costa¹¹⁶, hoje, por meio da ação popular, o cidadão pode questionar não somente os abusos do Estado (atuação própria do Estado Liberal), mas pode também se imiscuir na motivação e finalidade da atividade pública, sempre que elas contrariarem as normas fundamentais do sistema jurídico.

Desse modo, tanto a Lei da Ação Popular como a Lei da Ação Civil Pública destinadas à tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa são recepcionadas pela CF/88, sob o pálio dos princípios da conservação do patrimônio público, da moralidade administrativa e da boa governança¹¹⁷.

E assim, as Lei nºs 4.171/1965 e 7.347/1985, ao lado das Lei nºs 8.429/1992, 8.625/1993 e 12.846/2013, lidas de maneira harmonizada com a CF/88, formam um conjunto de normas especiais que disciplinam um segmento específico da realidade social da tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa¹¹⁸.

Nesse conjunto de normas especiais existem institutos que tradicionalmente eram tratados exclusivamente pelo direito processual civil e pelo direito civil (como a prescrição, por exemplo) que possuem disposições divergentes das estabelecidas no Código de Processo Civil e no Código Civil¹¹⁹.

Embora esses institutos não sejam replicados uniformemente em todas as leis desse conjunto, eles devem ser harmonizados, já que todos têm o mesmo escopo que é a garantia da tutela do patrimônio público e a moralidade administrativa. Principalmente porque visam concretizar os princípios constitucionais da conservação do patrimônio público e da moralidade administrativa¹²⁰ (*função de proteção do Estado e função organizatória e procedimental*).

¹¹⁵ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo**: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 380.

¹¹⁶ COSTA, Susana Henriques da. **O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa**. São Paulo/SP: Quartier Latin, 2009, p. 200.

¹¹⁷ MOTTA, Reuder Cavalcante. **Tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa**: interpretação e aplicação. Belo Horizonte/MG: Editora Fórum, 2012, pp. 140 e 150-152.

¹¹⁸ MOTTA, Reuder Cavalcante. **Tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa**: interpretação e aplicação. Belo Horizonte/MG: Editora Fórum, 2012, p. 140.

¹¹⁹ MOTTA, Reuder Cavalcante. **Tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa**: interpretação e aplicação. Belo Horizonte/MG: Editora Fórum, 2012, p. 141.

¹²⁰ MOTTA, Reuder Cavalcante. **Tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa**: interpretação e aplicação. Belo Horizonte/MG: Editora Fórum, 2012, p. 141.

Enquanto esse conjunto de normas tem o caráter geral, o Código de Processo Civil e o Código Civil passam a ter o caráter apenas residual¹²¹.

O microsistema processual coletivo da tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa, portanto, está contido dentro do microsistema processual coletivo geral, com ele se comunicando permanentemente. Mas não sempre ou totalmente, pois as normas do primeiro que são irradiadas diretamente pelos princípios constitucionais da conservação do patrimônio público, da moralidade administrativa e da boa governança não necessariamente se harmonizam com outras partes do segundo microsistema, genérico¹²².

Logo, as normas que compõem o microsistema processual coletivo da tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa devem ser compreendidas de maneira harmônica, haja vista ter finalidade idêntica ou muito assemelhada¹²³.

Enfatize-se que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, nos julgamentos do Recurso Especial nº 791.042/PR e do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 125.841/RS¹²⁴ reconheceu que a ação civil pública e a ação popular compõem um *microsistema de defesa do patrimônio público na acepção mais ampla do termo*.

Outrossim, em três julgados de Recursos Especiais (nºs 749.988/SP, 552.691/MG e 406.545/SP¹²⁵), todos de relatoria do Ministro Luiz Fux, a Primeira Turma do STJ consignou que a CF/88 criou um *microsistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da administração pública*, formado pela Ação Popular, Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos normatizados por cláusulas pétreas.

¹²¹ MOTTA, Reuder Cavalcante. **Tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa: interpretação e aplicação**. Belo Horizonte/MG: Editora Fórum, 2012, p. 141.

¹²² MOTTA, Reuder Cavalcante. **Tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa: interpretação e aplicação**. Belo Horizonte/MG: Editora Fórum, 2012, p. 141.

¹²³ MOTTA, Reuder Cavalcante. **Tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa: interpretação e aplicação**. Belo Horizonte/MG: Editora Fórum, 2012, p. 142.

¹²⁴ STJ, REsp 791.042/PR, Rel. LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/10/2006, DJ 09/11/2006, p. 261; STJ, AgRg no AREsp 125.841/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/04/2012, DJe 25/04/2012.

¹²⁵ STJ, REsp 749.988/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/08/2006, DJ 18/09/2006, p. 275; STJ, REsp 552.691/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/05/2005, DJ 30/05/2005, p. 216; STJ, REsp 406.545/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/11/2002, DJ 09/12/2002, p. 292.

Esse novo paradigma advindo com a CF/88, desse modo, construiu um autêntico *concurso de ações* entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais.

Nesses três julgados, a Primeira Turma do STJ apontou que a criação desse microsistema se deu em virtude da CF/88 ter evidenciado a importância da cidadania no controle dos atos da administração com a eleição dos valores imateriais do seu artigo 37 (princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência) como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais.

Ademais, chame-se a atenção para o fato de que os tratados internacionais que tratam do combate à corrupção, a exemplos da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida) e da Convenção Interamericana Contra a Corrupção¹²⁶, também integram o sistema jurídico brasileiro.

Tais normas, que possuem natureza supralegal e infraconstitucional por versarem sobre direitos humanos (nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal¹²⁷) também integram o conjunto de normas especiais que disciplinam a tutela coletiva do patrimônio público e da moralidade administrativa, devendo ser lidas de maneira harmonizada com as Leis de nºs 4.171/1965, 7.347/1985, 8.429/1992, 8.625/1993 e 12.846/2013, à luz da CF/88.

Veja-se como exemplo disso a possibilidade prevista na Convenção de Mérida da realização de cooperação jurídica internacional no âmbito civil, por meio do auxílio direto entre autoridades competentes, na tutela coletiva do patrimônio público e da moralidade administrativa.

Nesse sentido, o artigo 43, item 1, da Convenção de Mérida¹²⁸, prevê a cooperação entre os Estados Partes nas investigações e procedimentos dos âmbitos civil e administrativo relacionados com a corrupção.

¹²⁶ A Convenção de Mérida se encontra em vigor no país por força do Decreto Federal nº 5.687/2006 e a Convenção Interamericana Contra a Corrupção, por meio do Decreto Federal nº 4.410/2002.

¹²⁷ STF, RE 466343, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-06 PP-01106 RTJ VOL-00210-02 PP-00745 RDECTRAB v. 17, n. 186, 2010, p. 29-165.

¹²⁸ Convenção de Mérida. Artigo 43 – Cooperação Internacional 1. Os Estados Partes cooperarão em assuntos penais conforme o disposto nos Artigos 44 a 50 da presente Convenção. Quando proceda e estiver em consonância com seu ordenamento jurídico interno, os Estados Partes considerarão a possibilidade de prestar-se assistência nas investigações e procedimentos correspondentes a questões civis e administrativas relacionadas com a corrupção.

Por sua vez o artigo 48, item 2, da Convenção de Mérida¹²⁹, estabelece que os Estados Partes poderão celebrar acordos ou tratados bilaterais ou multilaterais em matéria de auxílio direto entre seus respectivos organismos encarregados de fazer cumprir a lei e, quando tais acordos ou tratados já existam, melhorá-los. Na falta de tais acordos ou tratados, os Estados Partes poderão considerar que a Convenção de Mérida constitui a base para a cooperação recíproca em matéria de cumprimento da lei no que diz respeito aos delitos compreendidos na Convenção.

Silvio Antônio Marques¹³⁰ afirma que a Convenção de Mérida permite em caráter não obrigatório (*non binding*), que o Ministério Público possa expedir pedido de auxílio direto, em inquérito civil, com o objetivo de obter documentos e evidências no combate aos atos de improbidade administrativa.

É necessário apenas que o ato também seja qualificado como um dos delitos previstos na Convenção, tais como suborno ou corrupção (art. 15), malversação ou peculato, apropriação indébita ou outras formas de desvio de bens por um funcionário público (art. 17), tráfico de influência (art. 18), abuso de funções (art. 19), enriquecimento ilícito (art. 20)¹³¹.

No julgamento da Reclamação nº 2723/SP¹³², a Corte Especial do STJ decidiu que não há nenhum empecilho à determinação de quebra de sigilo de dados bancários para apuração de eventual ato de improbidade administrativa, podendo ser feito tanto pela autoridade administrativa, quanto pelo Ministério Público. Considerou-se, dessa forma, legítima a obtenção da documentação bancária obtida nos Estados Unidos da América por meio do pedido de auxílio direto expedido em inquérito civil que apurava atos de improbidade administrativa praticados por Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

¹²⁹ Convenção de Mérida. Artigo 48 – Cooperação em matéria de cumprimento de lei (...) 2. Os Estados Partes, com vistas a dar efeito à presente Convenção, considerarão a possibilidade de celebrar acordos ou tratados bilaterais ou multilaterais em matéria de cooperação direta entre seus respectivos organismos encarregados de fazer cumprir a lei e, quando tais acordos ou tratados já existam, melhorá-los. Na falta de tais acordos ou tratados entre os Estados Partes interessados, os Estados Partes poderão considerar que a presente Convenção constitui a base para a cooperação recíproca em matéria de cumprimento da lei no que diz respeito aos delitos compreendidos na presente Convenção. Quando proceda, os Estados Partes aproveitarão plenamente os acordos e tratados, incluídas as organizações internacionais ou regionais, a fim de aumentar a cooperação entre seus respectivos organismos encarregados de fazer cumprir a lei.

¹³⁰ MARQUES, Antônio Silvio. **Improbidade Administrativa**: ação civil e cooperação jurídica internacional. São Paulo/SP: Saraiva, 2010, p. 276.

¹³¹ MARQUES, Antônio Silvio. **Improbidade Administrativa**: ação civil e cooperação jurídica internacional. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 276.

¹³² STJ, Rcl 2723/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, CORTE ESPECIAL, julgado em 15/10/2008, DJe 06/04/2009.

Há, portanto, no sistema jurídico brasileiro um microsistema processual coletivo da tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa, formado pelas Leis de nºs 4.171/1965, 7.347/1985, 8.429/1992, 8.625/1993 e 12.846/2013, como também pelos tratados internacionais que tratam do combate à corrupção, as quais devem ser aplicadas de maneira harmonizada, à luz da CF/88.

3.2 A INTERPRETAÇÃO DO MICROSSISTEMA À LUZ DA TEORIA DO DIÁLOGO DAS FONTES

Como observado no tópico anterior, verifica-se no microsistema processual coletivo da tutela patrimônio público e da moralidade administrativa a existência de uma pluralidade de normas incidentes sobre o mesmo conjunto de relações jurídicas¹³³.

Todas essas normas são voltadas para a incidência sobre uma relação jurídica decorrente de um ato ilícito que traz danos patrimoniais e extrapatrimoniais para o Estado. Elas possuem o escopo comum, convergem para o mesmo fim, de promover a restauração da licitude com a reparação da lesão sofrida pelo Estado¹³⁴.

Há ainda a possibilidade, nos casos regulados na Lei de Improbidade Administrativa e na da responsabilidade civil de pessoas jurídicas por atos contra a administração pública, do exercício de um poder de punir do Estado, por meio de sanções cíveis aplicáveis aos transgressores¹³⁵.

E, além disso, deve-se sublinhar que todas essas normas são orientadas pelos princípios constitucionais da conservação do patrimônio público, da moralidade administrativa e da boa governança.

Reuder Motta, diante desse quadro, sustenta a aplicação da *teoria do diálogo das fontes* como método de interpretação no microsistema processual coletivo da tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa¹³⁶.

A teoria do diálogo das fontes, concebida por Erik Jayme, foi introduzida na doutrina jurídica brasileira por Cláudia Lima Marques, e diz respeito à aplicação

¹³³ MOTTA, Reuder Cavalcante. **Tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa: interpretação e aplicação**. Belo Horizonte/MG: Editora Fórum, 2012, p. 149.

¹³⁴ MOTTA, Reuder Cavalcante. **Tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa: interpretação e aplicação**. Belo Horizonte/MG: Editora Fórum, 2012, p. 149.

¹³⁵ MOTTA, Reuder Cavalcante. **Tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa: interpretação e aplicação**. Belo Horizonte/MG: Editora Fórum, 2012, p. 149.

¹³⁶ MOTTA, Reuder Cavalcante. **Tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa: interpretação e aplicação**. Belo Horizonte/MG: Editora Fórum, 2012, p. 152.

simultânea, coerente e coordenada de uma pluralidade de fontes legislativas convergentes para a mesma finalidade¹³⁷.

Essa teoria parte da premissa de que a cultura pós-moderna do direito é marcada não só pela pluralidade, como pela complexidade, pela distinção impositiva dos direitos humanos e pelo direito à diferença, não mais permitindo que os conflitos de leis no tempo sejam resolvidos pelos critérios de anterioridade, especialidade e hierarquia, com a prevalência de uma lei sobre a outra e a consequente exclusão da outra do sistema¹³⁸.

Desse modo, a solução sistemática pós-moderna desses conflitos deve buscar a coordenação flexível e útil das normas em conflito no sistema, a fim de se restabelecer a sua coerência. Busca-se a convivência das normas, o diálogo entre elas¹³⁹. Isto é, a aplicação conjunta das normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, subsidiariamente, permitindo a opção voluntária das partes ou até mesmo a opção por uma das leis em conflito abstrato: “*Uma solução flexível e aberta, de interpenetração, ou mesmo a solução mais favorável ao mais fraco da relação (tratamento diferente dos diferentes)*”¹⁴⁰.

Assim, a exclusão dá lugar à *harmonia e coordenação entre as normas do sistema jurídico*. A superação de paradigmas é substituída pela *convivência dos paradigmas*. Lança-se mão da dialética, para o uso da *dialógica*¹⁴¹.

Cláudia Lima Marques, Herman Benjamim e Bruno Miragem¹⁴², interpretando os conflitos entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor à luz da teoria do diálogo das fontes, vislumbram três tipos de diálogos possíveis: o “*diálogo*

¹³⁷ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**: arts. 1º a 74: aspectos materiais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 26.

¹³⁸ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**: arts. 1º a 74: aspectos materiais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, pp. 24 e 25.

¹³⁹ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**: arts. 1º a 74: aspectos materiais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 26.

¹⁴⁰ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**: arts. 1º a 74: aspectos materiais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 27.

¹⁴¹ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**: arts. 1º a 74: aspectos materiais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, pp. 24 e 25.

¹⁴² MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**: arts. 1º a 74: aspectos materiais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, pp. 28 e 29.

sistemático de coerência”, o “*diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade em antinomias aparentes ou reais*” e “o *diálogo de coordenação e adaptação sistemática*”¹⁴³.

O *diálogo sistemático de coerência* ocorre quando, na aplicação simultânea de duas leis – especialmente se uma lei é geral e a outra especial, ou se uma é a lei central do sistema e a outra um microssistema específico (não completo materialmente, apenas com completude subjetiva de tutela de um grupo da sociedade) –, uma lei serve de base conceitual para a outra¹⁴⁴.

Por sua vez, o *diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade em antinomias aparentes ou reais* ocorre quando, na aplicação coordenada de duas leis, uma lei complementa a aplicação da outra, a depender de seu campo de aplicação no caso concreto, a indicar a aplicação complementar tanto de suas normas, no que couber, no que for necessário ou subsidiariamente¹⁴⁵.

Já o *diálogo de coordenação e adaptação sistemática* diz respeito à influência do sistema especial no geral e vice versa. Acontece em casos como “*no de uma possível redefinição do campo de aplicação de uma lei, ou no caso da possível transposição das conquistas do Richterrecht (Direito dos Juízes) alcançadas em uma lei para outra*”¹⁴⁶.

Com relação ao microssistema processual coletivo da tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa, Reuder Motta considera aplicáveis o *diálogo sistemático de coerência* e o *diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade em antinomias aparentes ou reais*¹⁴⁷. Não vislumbra a aplicação concreta do *diálogo de coordenação e de adaptação sistemática*¹⁴⁸.

Reuder Motta vislumbra ainda um quarto tipo de diálogo, que também seria aplicável ao microssistema processual coletivo da tutela do patrimônio público e da

¹⁴³ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**: arts. 1º a 74: aspectos materiais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, pp. 28 e 29.

¹⁴⁴ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**: arts. 1º a 74: aspectos materiais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 28.

¹⁴⁵ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**: arts. 1º a 74: aspectos materiais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, pp. 28 e 29.

¹⁴⁶ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**: arts. 1º a 74: aspectos materiais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 29.

¹⁴⁷ MOTTA, Reuder Cavalcante. **Tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa**: interpretação e aplicação. Belo Horizonte/MG: Editora Fórum, 2012, pp. 159 e 161.

¹⁴⁸ MOTTA, Reuder Cavalcante. **Tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa**: interpretação e aplicação. Belo Horizonte/MG: Editora Fórum, 2012, p. 161.

moralidade administrativa: o *diálogo sistemático de suplantação racional*¹⁴⁹. Em suas palavras:

A este quarto diálogo, buscando-se semelhança ao estilo utilizado por Cláudia Lima Marques ao nominar seus três diálogos, nomina-se aqui de diálogo sistemático de suplantação racional. Na aplicação coordenada de duas leis, a primeira lei, em tese, posicionada mais próxima do problema, tem uma solução para este que satisfaz os propósitos do microsistema. Ao “conversar” com uma segunda lei dentro do microsistema, constata que esta segunda lei apresenta solução melhor ao problema e mais satisfatória aos propósitos do microsistema, tudo isto justificado em um discurso jurídico de racionalidade mais alinhado com os *telos* do microsistema. Assim, racionalmente reconhecida a superioridade da solução dada pela segunda lei; a primeira cede espaço a ela, retira sua solução, e deixa a solução oferecida para o problema jurídico, ou seja, aquela apresentada pela segunda lei.

Considerando então esses três tipos de diálogos possíveis, Reuder Cavalcante Motta¹⁵⁰ propõe uma diretriz para a aplicação da teoria do diálogo das fontes como método de interpretação do microsistema processual coletivo da tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa, a partir da diretriz utilizada por Fredie Didier Jr. e Hermes Zanetti Jr. para a interpretação do microsistema processual coletivo genérico.

Segundo Fredie Didier Jr. e Hermes Zanetti Jr.¹⁵¹,

Para solucionar um problema de processo coletivo, em uma ação civil pública, o caminho deve ser mais ou menos o seguinte: a) buscar a solução no diploma específico da ACP (Lei Federal nº 7.347/1985). Não sendo localizada esta solução ou sendo ela insatisfatória: b) buscar a solução no Tít. III do CDC (Código Brasileiro de Processos Coletivos). Não existindo solução para o problema: c) buscar nos demais diplomas que tratam sobre processos coletivos identificar a *ratio* do processo coletivo para melhor resolver a questão. (...)

Nesta conformação de ideias, temos o CPC como mero diploma residual, seu efeito sobre o processo coletivo deve ser sempre reduzido, evitando disciplinar as demandas coletivas com institutos desenvolvidos para os processos individuais. (...)

Nessa perspectiva, primeiramente, Reuder Motta indica que se deve identificar na lei componente do microsistema a ser aplicada (4.171/1965, 7.347/1985, 8.429/1992, 8.625/1993 ou 12.846/2013) a existência de solução interpretativa para o problema. Não a encontrando, a solução para o problema deve ser procurada entre as

¹⁴⁹ MOTTA, Reuder Cavalcante. **Tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa: interpretação e aplicação**. Belo Horizonte/MG: Editora Fórum, 2012, p. 159.

¹⁵⁰ MOTTA, Reuder Cavalcante. **Tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa: interpretação e aplicação**. Belo Horizonte/MG: Editora Fórum, 2012, pp. 160-162.

¹⁵¹ DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 4. Processo Coletivo. 9. ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador/BA: Editora Juspodivm, 2014, pp. 49 e 50.

demais leis do microsistema. É o que se pode chamar de *manejo de várias fontes na busca do direito mais protetivo*¹⁵².

Nesse manejo de duas leis do microsistema processual coletivo da tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa, a primeira lei pode manter dois tipos de diálogos possíveis com a segunda¹⁵³.

Pode haver um *diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade em antinomias aparentes ou reais*, em que a segunda lei complementa a solução dada pela primeira lei, agregando valor à primeira solução obtida¹⁵⁴.

Como também pode haver um *diálogo sistemático de suplantação racional*, situação na qual a segunda lei apresenta solução mais satisfatória que a primeira (garantindo maior proteção ao direito fundamental), solução essa que, em face de “*um discurso racional consegue que a primeira lei reflua na apresentação de sua solução e dê o espaço para que seja ocupado pela solução da segunda lei*”¹⁵⁵.

Perceba-se que, como anota Gregório Assagra de Almeida¹⁵⁶, a tutela processual coletiva é orientada pelo *princípio da máxima efetividade* pelo qual o aplicador do direito deverá se valer de todos os instrumentos e meios necessários e eficazes para que o processo coletivo seja realmente efetivo.

Logo, a solução satisfatória é aquela que mais prestigia a concretização dos princípios informadores do microsistema (conservação do patrimônio público, moralidade administrativa e boa governança), dando maior proteção aos direitos fundamentais¹⁵⁷.

Ao cabo, caso não se encontre a solução no microsistema processual coletivo da tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa, deve-se procurar a

¹⁵² MOTTA, Reuder Cavalcante. **Tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa: interpretação e aplicação**. Belo Horizonte/MG: Editora Fórum, 2012, pp. 160-162.

¹⁵³ MOTTA, Reuder Cavalcante. **Tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa: interpretação e aplicação**. Belo Horizonte/MG: Editora Fórum, 2012, pp. 160-162.

¹⁵⁴ MOTTA, Reuder Cavalcante. **Tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa: interpretação e aplicação**. Belo Horizonte/MG: Editora Fórum, 2012, pp. 160-162.

¹⁵⁵ MOTTA, Reuder Cavalcante. **Tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa: interpretação e aplicação**. Belo Horizonte/MG: Editora Fórum, 2012, pp. 160-162.

¹⁵⁶ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação)**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 576.

¹⁵⁷ MOTTA, Reuder Cavalcante. **Tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa: interpretação e aplicação**. Belo Horizonte/MG: Editora Fórum, 2012, p. 161.

solução no microsistema processual coletivo geral, seja no Título III do Código de Defesa do Consumidor ou nas demais leis que lhe integram¹⁵⁸.

A aplicação do Direito Individual, seja ele expresso no Código de Processo Civil ou no Código Civil, é meramente residual.

Quanto ao *diálogo sistemático de coerência*, ele será utilizado a todo tempo e em qualquer nível, por meio da aplicação simultânea da CF/88 (norma central do sistema) que atuará balizando as normas integrantes do microsistema ou regulando diretamente as relações jurídicas¹⁵⁹ (*eficácia irradiante dos direitos fundamentais*).

Tome-se como exemplo da utilização da teoria do diálogo das fontes no microsistema ora analisado a aplicação da regra que exige o reexame necessário nas sentenças que concluírem pela carência ou pela improcedência da ação popular, prevista no artigo 19 da Lei nº 4.717/1965¹⁶⁰, também na ação civil pública de defesa do patrimônio público e na ação de improbidade administrativa.

Esse entendimento, inclusive, já foi acolhido por duas vezes pela Segunda Turma do STJ, nos julgamentos do Recurso Especial nº 1108542/SC e do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1219033/RJ¹⁶¹.

Trata-se do uso do *diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade em antinomias aparentes ou reais*, em que o artigo 19 da Lei nº 4.717/1965 complementou a Lei nº 7.347/85 e a Lei nº 8.429/92.

É necessário advertir, todavia, que o aplicador da norma jurídica deve ter um cuidado especial no que diz respeito aos casos concretos regulados tanto pela *ação de improbidade administrativa* (artigo 37, §4º, da Constituição Federal, e Lei nº 8.429/92), quanto pela *ação de responsabilização civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira* (Lei nº 12.846/2013), uma vez que essas ações possuem natureza sancionatória.

Em razão disso, deve ser observado em seus procedimentos um rol de exigências que são próprias do Processo Penal contemporâneo, aplicável em todas as

¹⁵⁸ MOTTA, Reuder Cavalcante. **Tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa**: interpretação e aplicação. Belo Horizonte/MG: Editora Fórum, 2012, p. 161.

¹⁵⁹ MOTTA, Reuder Cavalcante. **Tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa**: interpretação e aplicação. Belo Horizonte/MG: Editora Fórum, 2012, p. 161.

¹⁶⁰ Lei nº 4.717/1965. Art. 19. A sentença que concluir pela carência ou pela improcedência da ação está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal; da que julgar a ação procedente caberá apelação, com efeito suspensivo.

¹⁶¹ STJ, REsp 1108542/SC, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/05/2009, DJe 29/05/2009; e AgRg no REsp 1219033/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/03/2011, DJe 25/04/2011.

ações de Direito Administrativo Sancionador. O STJ¹⁶², inclusive, possui alguns precedentes nesse sentido.

Como observa Edilson Pereira Nobre Júnior¹⁶³, com relação à ação de improbidade administrativa, mas que também se aplica à ação regulada pela Lei nº 12.846/2013,

(...) a apuração de atos de improbidade administrativa, mesmo não guardando identidade com a apuração judicial de delitos ou crimes, alberga conteúdo nitidamente punitivo, motivado pela violação da ordem jurídica administrativa.

Daí, então, o receio com o maltrato ao princípio da segurança jurídica, o qual caminha junto com o da legalidade, podendo-se afirmar que o segundo se afigura como uma exigência do primeiro. É que toda e qualquer punição a ser infligida pelo Estado a quem se encontra sob sua ordem jurídica, qualquer que seja a modalidade na qual é classificada, haverá de satisfazer o princípio da legalidade. Esse, por sua vez, não se satisfaz pela existência de autorização em lei ou veículo normativo com força de lei.

A legalidade – como sói acontece com os elementos estruturais de um sistema jurídico – não se perfaz sozinha, mas num concerto harmônico com outros valores, dentre os quais ressaí inelutavelmente a segurança jurídica.

(...)

Não se desconhece, (...), a necessidade de reprimir posturas que destoam do padrão de conduta esperado pela sociedade dos agentes públicos. Contudo, tal anelo longe está de respaldar a atuação do direito de punir do Estado fora dos direitos e garantias fundamentais. E, nesse ponto, segue-se que a missão do aplicador da lei está em assegurar que a incidência desta seja realizada em harmonia com valores basilares do ordenamento jurídico.

Desse modo, em se tratando de ações coletivas próprias do Direito Administrativo Sancionador, deve o aplicador da norma observar os direitos e garantias fundamentais do demandado face ao poder punitivo estatal.

Entretanto, tal dever de forma alguma deslegitima a utilização da teoria do diálogo das fontes como método de interpretação do microssistema processual coletivo da tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa, uma vez a CF/88 também estabelece a garantia da máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Dessarte, a teoria do diálogo das fontes deve ser o método de interpretação utilizado no microssistema processual coletivo da tutela do patrimônio público e da

¹⁶² STJ, AgRg no AREsp 27.704/RO, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/12/2011, DJe 08/02/2012; REsp 1086994/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Rel. p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/04/2012, DJe 12/03/2014; e REsp 1216190/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/12/2010, DJe 14/12/2010 .

¹⁶³ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Improbidade Administrativa: uma leitura do art. 11 da lei 8.429/92 à luz do princípio da segurança jurídica. In: **Direito Federal**, n. 93, Ano 26, 2º semestre de 2013, pp. 209, 210 e 220.

moralidade administrativa, uma vez que busca a adequação das técnicas processuais às necessidades da realidade social e do direito material, em vista da máxima efetividade do direito fundamental difuso que é objeto de sua proteção, não se descurando da observação dos direitos e garantias fundamentais do demandado face ao poder punitivo estatal, nos casos das ações coletivas próprias do Direito Administrativo Sancionador.

4 O MICROSSISTEMA PROCESSUAL COLETIVO DA TUTELA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA: TÉCNICAS PROCESSUAIS GARANTIDORAS DE SUA EFETIVIDADE

De antemão, deve-se alertar que o objetivo principal do presente trabalho consiste em evidenciar as técnicas processuais existentes nas normas integrantes do microsistema processual coletivo da tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa, que, interpretadas à luz da teoria do diálogo das fontes, são mais adequadas à garantia da máxima efetividade do direito fundamental tutelado.

Logo, dentre as preocupações deste trabalho não se insere a de realizar descrições exaustivas e minuciosas sobre os regimes jurídicos de tais técnicas processuais, o que mereceria a atenção de monografias próprias para cada uma delas. Sobretudo diante da riqueza de detalhes existentes nos institutos que as envolvem, como se verifica, por exemplo, por meio do farto material doutrinário e jurisprudencial já produzido no direito brasileiro até hoje acerca da indisponibilidade de bens na ação de improbidade administrativa.

Isso posto, dentre as inúmeras técnicas processuais existentes no microsistema processual coletivo da tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa, serão destacadas aquelas que se revelam mais aptas a garantirem a máxima efetividade do referido direito fundamental.

Nesse passo, serão realçados apenas os seus aspectos que dizem respeito à idoneidade de tais técnicas processuais em atenderem às necessidades do direito fundamental da tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa.

Outrossim, em cada tópico, será abordada a possibilidade dessas técnicas processuais serem aplicadas, à luz da teoria do diálogo das fontes, não apenas nas ações correspondentes às leis em que foram diretamente reguladas, mas também em todas as ações coletivas integrantes do multicitado microsistema.

4.1 A MEDIDA CAUTELAR DE INDISPONIBILIDADE DE BENS PREVISTA NO ARTIGO 7º DA LEI Nº 8.429/92

O artigo 7º da Lei nº 8.429/92 prevê uma hipótese especial de medida de natureza cautelar, a qual possui contornos particulares que a distinguem das demais

cautelares previstas no Código de Processo Civil e na legislação esparsa. Nos exatos termos do dispositivo legal:

Lei nº 8.429/92

Art. 7º Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá a autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado.

Parágrafo único. A indisponibilidade a que se refere o caput deste artigo recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito.

Trata-se da medida cautelar de *indisponibilidade de bens*, a ser decretada nos autos da ação de improbidade administrativa com o intuito de garantir o cumprimento do pedido de aplicação de sanções de natureza pecuniária, aplicadas aos agentes ímprobos¹⁶⁴.

É intuitiva a sua importância para garantir a efetividade do combate à improbidade administrativa, vez que ao resguardar o futuro ressarcimento dos danos causados ao patrimônio público e ao reaver os produtos obtidos com o proveito do ato ímprobo, assegura-se não só a certeza, mas também a utilidade do provimento jurisdicional a ser obtido¹⁶⁵.

Assim, é um direito de todos os legitimados das ações referentes à tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa que o Estado-Juiz tenha um comportamento judicial que seja capaz de conformar as regras processuais com as necessidades do direito material coletivo e dos casos concretos.

E é justamente sob essa perspectiva que o Superior Tribunal de Justiça vem ao longo dos anos construindo uma jurisprudência em torno da medida cautelar de indisponibilidade de bens prevista no artigo 7º da Lei nº 8.249/92, que viabiliza a efetividade do direito fundamental tutelado.

Um caso que ilustra muito bem essa forma de interpretação dessa regra processual foi o julgamento do Recurso Especial nº 1.319.515/ES¹⁶⁶, realizado pela Primeira Seção do STJ, em que se discutia acerca da possibilidade de decretar a

¹⁶⁴ MOTTA, Reuder Cavalcante. **Tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa: interpretação e aplicação**. Belo Horizonte/MG: Editora Fórum, 2012, p. 199.

¹⁶⁵ QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. As medidas cautelares previstas na lei de improbidade administrativa: natureza jurídica e sua repercussão no princípio do contraditório. In: **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**, n. 1, Ano 2008, Recife/PE, p. 299.

¹⁶⁶ STJ, REsp 1319515/ES, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/08/2012, DJe 21/09/2012.

indisponibilidade de bens na ação de improbidade administrativa, nos termos do artigo 7º da Lei 8.429/92, sem a demonstração do risco de dano (*periculum in mora*), ou seja, do perigo de dilapidação do patrimônio pecuniário do demandado.

Ficou consignado que o se busca na ação de improbidade administrativa, além da punição do agente, é o ressarcimento do dano causado ao patrimônio público e a reversão do produto obtido com o proveito da prática do ato ímprobo.

A indisponibilidade de bens, segundo a Primeira Seção do STJ, trata-se de uma medida cautelar com vistas à garantia da efetividade da execução na ação de improbidade administrativa, que está prevista na Lei nº 8.429/92, ao lado do sequestro de bens (artigo 16¹⁶⁷) e do afastamento cautelar do agente público (artigo 20¹⁶⁸), medidas essas que não são exaustivas, podendo o requerente lançar mão de outras não previstas na referida lei que também consigam atingir o seu desiderato.

Pontuou-se que, via de regra, as medidas cautelares são consideradas *tutelas de urgência*, as quais exigem, para a sua concessão, o cumprimento de dois requisitos: o *fumus boni juris* (plausibilidade do direito alegado) e o *periculum in mora* (fundado receio de que a outra parte, antes do julgamento da lide, cause ao seu direito lesão grave ou de difícil reparação).

Ocorre que no caso da medida cautelar de indisponibilidade prevista no artigo 7º da Lei nº 8.429/92, a Primeira Seção do STJ não vislumbrou uma típica tutela de urgência, mas sim uma *tutela de evidência*. Isso porque, nessa situação, o *periculum in mora* não é oriundo da “*intenção do agente dilapidar seu patrimônio*”, mas, sim, da “*gravidade dos fatos e do montante do prejuízo causado ao erário, o que atinge toda a coletividade*”.

Inclusive, por ser uma tutela sumária fundada em evidência, a indisponibilidade de bens não possui caráter sancionador nem de antecipação da culpabilidade do agente, até mesmo em razão de que esse provimento judicial a

¹⁶⁷ Lei nº 8.429/92. Art. 16. Havendo fundados indícios de responsabilidade, a comissão representará ao Ministério Público ou à procuradoria do órgão para que requeira ao juízo competente a decretação do seqüestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilícitamente ou causado dano ao patrimônio público. § 1º O pedido de seqüestro será processado de acordo com o disposto nos arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil. § 2º Quando for o caso, o pedido incluirá a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais.

¹⁶⁸ Lei nº 8.429/92. Art. 20. A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória. Parágrafo único. A autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual..

qualquer momento poderá revertido, retirando-se a constrição do patrimônio do demandado.

O Ministro Mauro Campbell Marques, o Relator para o Acórdão do Recurso Especial nº 1.319.515/ES, extraiu esses fundamentos a partir de artigo de Ronaldo Pinheiro de Queiroz. Nesse trabalho científico¹⁶⁹, ele explica que:

A tutela de urgência foi criada para preservar o bem da vida quando a demora na prestação jurisdicional cria o risco de sua inutilidade prática. Já a *tutela de evidência* prestigia as situações em que há uma grande probabilidade de o autor ter razão, bem como o bem da vida tutelado tem grande relevância social e, por eleição do legislador, confere-se-lhe a possibilidade de fruição imediata e provisória do bem ou que o mesmo seja desde logo resguardado.

(...)

De fato, percebe-se claramente que o sistema da LIA admitiu de forma expressa a tutela de evidência. O art. 7º em *nenhum* momento previu o requisito da urgência, reclamando apenas, para o cabimento da medida, a demonstração, numa cognição sumária, de que o ato de improbidade causou lesão ao patrimônio público ou ensejou enriquecimento ilícito.

Além disso, para a Primeira Seção do STJ (lastreada em entendimento que tem preponderado no âmbito das Primeira e Segunda Turmas¹⁷⁰), a indisponibilidade dos bens é cabível quando o julgador entender presentes fortes indícios de responsabilidade na prática de ato de improbidade que cause dano ao Erário ou importe no enriquecimento ilícito de seu sujeito ativo, estando o *periculum in mora* implícito na norma de regência.

O *periculum in mora* é interpretado a favor da sociedade, representada pelo requerente da medida de bloqueio de bens, isto é, um dos legitimados ativos da ação de improbidade administrativa.

Nas palavras do Ministro Mauro Campbell Marques,

A Lei de Improbidade Administrativa, diante dos velozes trâfegos, ocultamento ou dilapidação patrimoniais, possibilitados por instrumentos

¹⁶⁹ QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. As medidas cautelares previstas na lei de improbidade administrativa: natureza jurídica e sua repercussão no princípio do contraditório. In: **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**, n. 1, Ano 2008, Recife/PE, pp. 302 e 303.

¹⁷⁰ STJ, REsp 1315092/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/06/2012, DJe 14/06/2012; STJ, AgRg no AREsp 133.243/MT, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/05/2012, DJe 24/05/2012; STJ, MC 9.675/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/06/2011, DJe 03/08/2011; STJ, EDcl no REsp 1211986/MT, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/05/2011, DJe 09/06/2011; STJ, AgRg no REsp 1229942/MT, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/12/2012, DJe 12/12/2012.

tecnológicos de comunicação de dados que tornaria irreversível o ressarcimento ao erário e devolução do produto do enriquecimento ilícito por prática de ato ímprobo, buscou dar efetividade à norma afastando o requisito da demonstração do *periculum in mora* (art. 823 do CPC), este, intrínseco a toda medida cautelar sumária (art.789 do CPC), admitindo que tal requisito seja presumido à preambular garantia de recuperação do patrimônio do público, da coletividade, bem assim do acréscimo patrimonial ilegalmente auferido.

Dispensada a demonstração do perigo de dilapidação patrimonial, a Primeira Seção destaca, valendo-se de precedente da Primeira Turma do STJ¹⁷¹, que para a decretação da constrição basta ao demandante deixar evidenciada a relevância do direito (*fumus boni iuris*), isto é, *a configuração do ato de improbidade e sua autoria*.

Essa interpretação do artigo 7º da Lei 8.429/1992 é realizada à luz do artigo 37, §4º, da CF/88¹⁷², dispositivo esse que realça a indisponibilidade dos bens no balizamento constitucional da ação de improbidade administrativa.

Em compensação, foi exigida por parte da Primeira Seção a observação das garantias constitucionais e legais do demandado na aplicação da indisponibilidade de bens, sobretudo pelo fato de que tal medida importa na restrição do direito fundamental à propriedade do demandado.

Logo, há a necessidade de fundamentação adequada pelo magistrado na sua decretação, sob pena de nulidade – nos termos do artigo 93, IX, da CF/88¹⁷³ –, não consistindo em uma medida de adoção automática.

Ademais, devem ser resguardadas certas espécies patrimoniais contra a indisponibilidade, excluindo-se os bens e valores que sejam destinados ao mínimo existencial do interessado.

Note-se que são excluídos os bens impenhoráveis assim definidos por lei, salvo quando esses tenham sido, comprovadamente, adquiridos também com o produto da empreitada ímproba, resguardado, como já referido, o essencial para a subsistência do requerido.

¹⁷¹ STJ, REsp 1315092/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/06/2012, DJe 14/06/2012.

¹⁷² CF/88. Art. 37. (...) § 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

¹⁷³ CF/88. Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...) IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (...).

Inclusive, recentemente, a Primeira Turma do STJ¹⁷⁴ destacou o entendimento de que as verbas salariais, por serem absolutamente impenhoráveis, não podem ser objeto da medida de indisponibilidade na ação de improbidade administrativa, pois, sendo impenhoráveis, não poderão assegurar uma futura execução.

Vale ressaltar, entretanto, que a Segunda Turma do STJ¹⁷⁵ possui precedente que, de maneira contrária ao entendimento anterior, admite a indisponibilidade de bem de família imóvel em ação de improbidade administrativa, tendo em vista que tal medida não implica em expropriação do bem. É irrelevante também se os bens constrictos foram adquiridos antes ou depois dos fatos descritos na inicial.

De todo modo, a Primeira Seção asseverou no julgamento do Recurso Especial nº 1.319.515/ES, com base em jurisprudência consolidada no âmbito do STJ¹⁷⁶, que a indisponibilidade de bens deve recair sobre o patrimônio dos réus em ação de improbidade administrativa de modo suficiente a alcançar o valor da totalidade da lesão ao erário, bem como sua repercussão no enriquecimento ilícito do agente, decorrente do ato de improbidade que se imputa, levando-se em consideração, ainda, o valor de possível multa civil como sanção autônoma.

Vale ainda destacar que o STJ¹⁷⁷ possui precedente que aplica a decretação da indisponibilidade de bens em caso de ato de improbidade administrativa que implicou em violação dos princípios da administração pública, mormente para assegurar o integral ressarcimento de eventual prejuízo ao erário, se houver, e ainda a sanção da multa civil.

Desse modo, claramente se percebe, tanto pelo Recurso Especial nº 1.319.515/ES como pelos demais precedentes citados, que toda a jurisprudência do STJ construída em torno do artigo 7º da Lei nº 8.429/92 levou em consideração as necessidades do direito fundamental da tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa, em vista de lhe garantir a máxima efetividade.

¹⁷⁴ STJ, REsp 1164037/RS, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/02/2014, DJe 09/05/2014.

¹⁷⁵ STJ, REsp 1204794/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/05/2013, DJe 24/05/2013.

¹⁷⁶ STJ, REsp 1135548/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/06/2010, DJe 22/06/2010; STJ, REsp 1115452/MA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/04/2010, DJe 20/04/2010.

¹⁷⁷ STJ, AgRg no AgRg no AREsp 100.445/BA, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/05/2012, DJe 23/05/2012.

Por consequência, impõe-se que o artigo 7º da Lei nº 8.429/92 seja manejado junto às demais leis do microsistema processual coletivo da tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa, complementando-as, uma vez que não há previsão de regra processual com contornos semelhantes no sistema jurídico brasileiro. Principalmente, em razão da grande aptidão que tal norma possui para satisfazer os propósitos do microsistema¹⁷⁸.

Verifica-se, portanto, a ocorrência de uma típica situação ensejadora do *diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade*, em que a Lei nº 8.249/92 complementa as demais leis componentes do microsistema¹⁷⁹.

4.2 A MEDIDA CAUTELAR DE AFASTAMENTO DO AGENTE PÚBLICO PREVISTA NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 20 DA LEI Nº 8.429/92

A medida cautelar de afastamento do agente público responsável pela prática de ato de improbidade administrativa está prevista no parágrafo 20 da Lei nº 8.429/92. Da sua literalidade, extrai-se que:

Lei nº 8.429/92

Art. 20. A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Parágrafo único. A autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual.

Em se tratando de ilícitos cometidos no exercício funcional, é muito comum que o agente público que se utiliza do seu cargo, emprego ou função para se enriquecer ilicitamente, provocar prejuízo ao erário ou violar os princípios da administração, também tente de se valer do seu ofício ou do poder de influência advindo dele para atrapalhar a instrução processual.

Perceba-se que não se está antecipando as sanções de perda da função pública e de suspensão dos direitos políticos para antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, o que é expressamente vedado pelo *caput* do artigo 20 da Lei nº 8.429/92.

¹⁷⁸ MOTTA, Reuder Cavalcante. **Tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa: interpretação e aplicação.** Belo Horizonte/MG: Editora Fórum, 2012, p. 209.

¹⁷⁹ MOTTA, Reuder Cavalcante. **Tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa: interpretação e aplicação.** Belo Horizonte/MG: Editora Fórum, 2012, p. 209.

Consoante explicam Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves¹⁸⁰,

(...) Por intermédio do afastamento provisório do agente, busca o legislador fornecer ao juiz um importantíssimo instrumento com vistas à busca da verdade real, garantindo a verossimilhança da instrução processual de modo a evitar a dolosa atuação do agente, ameaçando testemunhas, destruindo documentos, dificultando a realização de perícias etc., deturpe ou dificulte a produção dos elementos necessários à formação do convencimento judicial. Busca-se, enfim, propiciar um clima de franco e irrestrito acesso ao material probatório, afastando possíveis óbices que a continuidade do agente no exercício do cargo, emprego, função ou mandato eletivo poderia proporcionar.

Diferentemente da medida cautelar de indisponibilidade de bens do artigo 7º da Lei nº 8.429/92, a medida cautelar de afastamento do agente público é considerada *tutela de urgência*, a qual exige, para a sua concessão, a demonstração do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*¹⁸¹.

Com relação ao *fumus boni juris*, deve ser demonstrada a certeza da ocorrência do ilícito, com a apresentação de provas da materialidade do ato de improbidade e indícios de que a autoria recaia na pessoa do agente público demandado¹⁸².

E no que diz respeito ao perigo da demora, Reuder Motta entende que ela pode estar relacionada tanto ao fato de que o demandado apresenta capacidade de influir na colheita de provas, quanto na evidência de que a permanência do agente no cargo implicará em novas lesões ao patrimônio público, como também no prejuízo que a imagem da Administração Pública pode ter com a permanência no cargo de agente público contra o qual paira acusação grave e de repercussão no meio social¹⁸³.

Vale ainda ressaltar que o STJ¹⁸⁴ possui entendimento preponderante no sentido que o afastamento cautelar do agente público, nos termos do parágrafo único do artigo 20 da Lei nº 8.429/92, somente se legitima como medida excepcional, quando for manifesta a sua indispensabilidade.

¹⁸⁰ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro/RJ: Editora Lumen Juris, 2010, p. 942.

¹⁸¹ QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. As medidas cautelares previstas na lei de improbidade administrativa: natureza jurídica e sua repercussão no princípio do contraditório. In: **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**, n. 1, Ano 2008, Recife/PE, p. 311.

¹⁸² MOTTA, Reuder Cavalcante. **Tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa: interpretação e aplicação**. Belo Horizonte/MG: Editora Fórum, 2012, p. 218.

¹⁸³ MOTTA, Reuder Cavalcante. **Tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa: interpretação e aplicação**. Belo Horizonte/MG: Editora Fórum, 2012, pp. 218 e 219.

¹⁸⁴ STJ, REsp 929483/BA, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/12/2008, DJe 17/12/2008.

Em que pese sua excepcionalidade, não se pode descurar do fato de que a medida de afastamento cautelar é um instrumento poderoso que em muitas situações é a única forma de se garantir um resultado útil do provimento final, sob pena de se inviabilizar por completo a instrução processual, principalmente nos casos em que o agente público se vale da influência do seu posto para destruir provas e constranger testemunhas.

Frise-se que tal risco não é exclusivo da ação de improbidade administrativa, estando presente em todas as ações que buscam a tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa, levando-se em consideração a nefasta cultura da corrupção (em sentido amplo) que historicamente vicia e deturpa a higidez das instituições públicas brasileiras, nas suas mais variadas formas.

Diante desse quadro, o parágrafo único do artigo 20 da Lei nº 8.429/92 deve ser manejado junto às demais leis do microsistema processual coletivo da tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa, complementando-as, uma vez que não há previsão de regra processual com contornos semelhantes dentro desse microsistema¹⁸⁵.

Constata-se, assim como na medida cautelar de indisponibilidade de bens, a ocorrência de situação ensejadora do *diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade*, em que a Lei nº 8.249/92 complementa as demais leis componentes do microsistema¹⁸⁶.

4.3 A EXECUÇÃO NA FOLHA DE PAGAMENTO PREVISTA NO ARTIGO 14, § 3º, DA LEI Nº 4.717/65

O artigo 14, § 3º, da Lei nº 4.717/65, estabelece para a ação popular um meio executivo peculiar, que se presta a garantir a efetividade das condenações de pagar quantia certa quando o executado for agente público.

Pela redação do citado dispositivo,

Lei nº 4.717/1965

¹⁸⁵ MOTTA, Reuder Cavalcante. **Tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa:** interpretação e aplicação. Belo Horizonte/MG: Editora Fórum, 2012, p. 219.

¹⁸⁶ MOTTA, Reuder Cavalcante. **Tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa:** interpretação e aplicação. Belo Horizonte/MG: Editora Fórum, 2012, p. 219.

Art. 14. (...) § 3º Quando o réu condenado perceber dos cofres públicos, a execução far-se-á por desconto em folha até o integral ressarcimento do dano causado, se assim mais convier ao interesse público.

Miguel Seabra Fagundes¹⁸⁷ que, juntamente com Hely Lopes Meirelles, foi responsável pela elaboração do anteprojeto que culminou na Lei nº 4.717/65, ao escrever sobre a execução na ação popular, assinala que:

136. [Da execução] A natureza peculiar que pode assumir o dano patrimonial, quando conseqüente de atos das pessoas jurídicas de direito público, e das que lhes são equiparadas para efeito de apreciação dos seus atos pela ação popular, sugere, por vezes, uma disciplina legal específica com o fim de tornar realmente satisfatória a reparação dos prejuízos causados. Por isto, conquanto aplicáveis à execução, em princípio, as regras do direito comum, sujeitar-se-á ela, em função de determinadas circunstâncias, a normas especiais. Dessas normas resulta: I) contra o réu que perceber dos cofres públicos, a execução será feita por desconto em folha, até o integral ressarcimento do dano causado, salvo se tal não convier ao interesse público; II) quando a sentença impuser a restituição de bens ou valores, o réu condenado a restituir terá os seus bens sujeitos a seqüestro e penhora, como atos liminares do processo executivo, desde a prolação daquela; III) se a sentença der por provada a infringência da lei penal ou a prática de falta disciplinar a que a lei comine pena de demissão ou de rescisão de contrato de trabalho, a autoridade competente, à vista de cópia autenticada das peças necessárias, aplicará a sanção cabível.

Também o interesse público em promover e tornar prontamente efetiva a execução leva a se adotarem regras especiais. É que a execução, além de representar uma reparação econômica em favor do patrimônio público, ou de patrimônio a ele equiparado para efeito de proteção especial pela *actio popularis*, implica a restauração do império do direito positivo ou de critérios de moralidade administrativa. Com tais regras tem-se procurado evitar que a inércia do autor, inocente ou maliciosa, frustre o cumprimento da sentença e que as pessoas de direito público ou privado sofram, em definitivo, o peso das reparações econômicas a que tenham sido condenadas juntamente com os seus agentes.

Dessa forma, verifica-se que a execução na folha de pagamento se trata de um dos raríssimos meios executivos tipificados no sistema jurídico brasileiro que foi concebido justamente para garantir a máxima efetividade da tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa.

Por meio de uma rápida leitura do dispositivo, poderia-se pensar que o instituto da penhora *on line*¹⁸⁸ teria tornado obsoleta a execução na folha de pagamento.

¹⁸⁷ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 7. ed. atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 447-449.

¹⁸⁸ Código de Processo Civil. Art. 655-A. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exeqüente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução.

Ocorre que, não raras vezes, a constrição judicial de ativos em nome do executado ocorre exclusivamente em virtude da sorte do exequente em ter sido a medida realizada antes que o requerido tivesse a oportunidade de tê-los movimentado ou retirado.

Logo, nos casos em que não foi decretada a perda do cargo, mandato ou função pública do executado, ou que de qualquer forma não tenha sido extinto o vínculo entre o agente público e a Administração, a execução na folha de pagamento se torna um meio executivo bastante efetivo no cumprimento das obrigações de pagar quantia certa, o qual não fica suscetível à sorte ou à providência.

Noutro giro, é importante ponderar que não são raras as vezes que o Judiciário tem se recusado a aplicar o artigo 14, § 3º, da Lei nº 4.717/65, sob a alegação de que ele afrontaria o comando do artigo 649, IV¹⁸⁹, do Código de Processo Civil, que estabelece a absoluta impenhorabilidade dos vencimentos de magistrados, professores e funcionários públicos.

Tal entendimento desconsidera que a tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa se trata de um direito fundamental que se enquadra na categoria dos direitos de participação. E que a regra prevista no artigo 14, § 3º, da Lei nº 4.717/65, orientadas pelos princípios da conservação do patrimônio público, da moralidade administrativa e da boa governança, foi editada com a finalidade de viabilizar a efetividade do citado direito fundamental.

De fato, o direito à proteção do mínimo existencial e o princípio da proporcionalidade exigem que a execução em folha de pagamento garanta ao executado a disposição dos recursos necessários à sua manutenção e de sua família.

Todavia, o que não é possível é a revogação de uma regra própria da tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa por uma regra do Código de Processo de Civil, de natureza individual, esvaziando-a por completo, com total menosprezo a funcionalidade dessa norma de proteção de bens jurídicos coletivos no sistema constitucional brasileiro.

¹⁸⁹ Código de Processo Civil. Art. 649. São absolutamente impenhoráveis: (...) IV - Os vencimentos dos magistrados, dos professores e dos funcionários públicos, o soldo e os salários, salvo para o pagamento de prestação alimentícia.

Ademais, da mesma forma que as medidas cautelares anteriormente citadas, o artigo 14, § 3º, da Lei nº 4.717/65, aplica-se a todo o microsistema processual coletivo da tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa¹⁹⁰.

Trata-se de mais um exemplo de *diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade*. Só que dessa vez é a Lei nº 4.717/65 que complementa as demais leis componentes do microsistema¹⁹¹.

4.4 A CONCESSÃO DE LIMINAR *INAUDITA ALTERA PARS* A FIM DE OBSTAR O RECEBIMENTO PELO DEMANDADO DE NOVAS VERBAS DO PODER PÚBLICO E DE BENEFÍCIOS FISCAIS E CREDITÍCIOS

Recentemente, a Segunda Turma do STJ, no julgamento do Recurso Especial nº 1.385.582/RS¹⁹², aplicou o entendimento de que em ação de improbidade administrativa é possível a concessão de liminar *inaudita altera pars* a fim de obstar o recebimento pelo demandado de novas verbas do poder público e de benefícios fiscais e creditícios.

Nos termos da decisão prolatada pela Turma, ressalvadas as medidas de natureza exclusivamente sancionatória – tais como a multa civil, a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos –, o magistrado tem o poder-dever de, a qualquer tempo, com base no poder geral de cautela, adotar a tutela necessária para fazer cessar ou extirpar a atividade nociva.

A Segunda Turma se amparou nos seguintes dispositivos para decidir pela legalidade da medida cautelar concedida: artigos 461, § 5º¹⁹³, e 804¹⁹⁴ do Código de

¹⁹⁰ MOTTA, Reuder Cavalcante. **Tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa: interpretação e aplicação**. Belo Horizonte/MG: Editora Fórum, 2012, p. 251.

¹⁹¹ MOTTA, Reuder Cavalcante. **Tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa: interpretação e aplicação**. Belo Horizonte/MG: Editora Fórum, 2012, p. 251.

¹⁹² STJ, REsp nº 1.385.582/RS, Rel. Herman Benjamin, julgado em 1º/10/2013 e noticiado no Informativo de Jurisprudência nº 531.

¹⁹³ Código de Processo Civil. Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. (...)§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

¹⁹⁴ Código de Processo Civil. Art. 804. É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz; caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer.

Processo Civil; artigos 11¹⁹⁵ Lei nº 7.347/1985; e artigo 21¹⁹⁶ da 7.347/1985, combinado com os artigos 83¹⁹⁷ e 84¹⁹⁸ do Código de Defesa do Consumidor.

Ressalvou-se ainda que embora o artigo 17, § 7º¹⁹⁹, da Lei nº 8.429/92 estabeleça como regra a prévia notificação do demandado para se manifestar sobre ação de improbidade administrativa, o magistrado pode, excepcionalmente, conceder medida liminar sempre que a observância daquele procedimento legal poderá tornar ineficaz a tutela de urgência pretendida.

É bem verdade que as três medidas cautelares previstas na Lei nº 8.429/92 (indisponibilidade de bens, sequestro e afastamento do agente público) não são exaustivas, podendo ser adotadas quaisquer medidas cautelares previstas no sistema jurídico brasileiro (como a busca e apreensão de coisas e documentos, prevista no artigo 839²⁰⁰ do Código de Processo Civil), como também outras medidas decorrentes do poder geral de cautela, nos termos do artigo 798²⁰¹ do Código de Processo Civil²⁰².

¹⁹⁵ Lei nº 7.347/85. Art. 11. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.

¹⁹⁶ Lei nº 7.347/85. Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

¹⁹⁷ Lei nº 8.078/90. Art. 83. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

¹⁹⁸ Lei nº 8.078/90. Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. § 1º A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. § 2º A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa (art. 287, do Código de Processo Civil). § 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citando o réu. § 4º O juiz poderá, na hipótese do § 3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito. § 5º Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.

¹⁹⁹ Lei nº 8.429/92. Art. 17. (...) § 7º Estando a inicial em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do requerido, para oferecer manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de quinze dias.

²⁰⁰ Código de Processo Civil. Art. 839. O juiz pode decretar a busca e apreensão de pessoas ou de coisas.

²⁰¹ Código de Processo Civil. Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

²⁰² QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. As medidas cautelares previstas na lei de improbidade administrativa: natureza jurídica e sua repercussão no princípio do contraditório. In: **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**, n. 1, Ano 2008, Recife/PE, p. 299.

Como analisa Francisco Barros Dias²⁰³,

Não é difícil o julgador se deparar com situações e a parte postular pretensões que impliquem em tomada de decisão acauteladora que não seja uma daqueles que se encontra expressamente prevista na lei. Tais circunstâncias se apresentam sempre quando haja necessidade de remoção de coisas e pessoas, restauração de uma situação fática, suspensão de atos ou fatos que estejam dificultando ou impedindo o andamento do processo, além de toda e qualquer outra medida que possa levar ao atendimento do princípio da utilidade da sentença proferida na ação de improbidade.

Esses postulados estão genericamente postos na Constituição Federal, no seu rico inciso XXXV, quando proclama o princípio da inafastabilidade da atividade jurisdicional em toda e qualquer espécie de conflito, todas as vezes que se estiver diante da ameaça de ineficácia do julgado.

Em termos de legislação ordinária, podemos extrair essa ideia do próprio art. 273 do Código de Processo Civil em suas variadas formas de tutelas antecipadas de natureza assecuratória ou de antecipação de efeitos, quer em caso de urgência, quer em caso de abuso de direito de defesa, ou naquilo que de qualquer forma cause prejuízo ao fim útil do processo. Podemos ainda nos valer do art. 461 do Código de Processo Civil, ou art. 84 do Código do Consumidor, quando estivermos tratando de processo coletivo, espécie perfeitamente enquadrável da ação de improbidade.

Com isso podemos afirmar que, embora o legislador tenha sido parcimonioso na oferta de normas específicas quanto a possíveis medidas cautelares na ação de improbidade, os casos indicados e aqui analisados são apenas exemplificativos de outras medidas que podem vir a ser tomadas, diante de situações que não aquelas descritas nos dispositivos legais referidos, bastando surgir a necessidade e com isso o poder geral de cautela assegurado constitucionalmente ser perfeitamente utilizado, desde que para tanto algo se enquadre com essa peculiaridade.

Mas o que chama a atenção é a utilização de medidas cautelares semelhantes a algumas sanções previstas no artigo 12 da Lei nº 8.429/92 – recebimento pelo demandado de novas verbas do poder público e de benefícios fiscais e creditícios –, o que demonstra que as cláusulas gerais processuais (tais como o poder geral de cautela e a cláusula geral executiva) viabilizam a aplicação das mais variadas formas de técnicas processuais com vistas a garantir a máxima efetividade da tutela jurisdicional.

Dessarte, diante da plasticidade e fluidez das cláusulas gerais processuais, tem o Estado-Juiz um amplo de espectro de possibilidades para aplicar a técnica processual adequada às necessidades da tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa.

Nesse caso, também se infere o *diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade*, uma vez que as cláusulas gerais do Código de Processo Civil (artigos

²⁰³ DIAS, Francisco Barros. A Tutela Cautelar na Ação de Improbidade. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Eduardo José da Fonseca; COSTA, Guilherme Recena (Coordenadores). **Improbidade Administrativa**: aspectos processuais da Lei nº 8.429/92. São Paulo: Atlas, 2013, p. 197.

461, §5º, e 798) e do Código de Defesa do Consumidor (artigos 83 e 84) encontram um uso complementar nos casos regulados pela Lei nº 8.429/92, bem como nas demais leis integrantes do microsistema processual coletivo da tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o advento da Constituição Federal de 1988 (CF/88), a tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa foi estabelecida como um direito fundamental difuso, sendo orientada pelos princípios constitucionais da conservação do patrimônio público, da moralidade administrativa e da boa governança.

A partir dessa premissa, fez-se uma leitura desse direito à luz da dogmática da interpretação dos direitos fundamentais concebida a partir do pós-positivismo, analisando os aspectos ligados às suas dimensões e funções (a chamada multifuncionalidade dos direitos fundamentais), sobretudo pelas implicações que tais institutos repercutem na sua efetividade.

Ao enquadrar a tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa na classificação funcional dos direitos fundamentais, constatou-se que é um direito de todos os legitimados das ações referentes a essa espécie de Direito Coletivo que o Estado-Juiz tenha um comportamento judicial que seja capaz de conformar a regra processual com as necessidades do direito material e dos casos concretos.

O Estado-Juiz, nesse sentido, tem o dever de interpretar a legislação processual à luz dos princípios da conservação do patrimônio público, da moralidade administrativa e da boa governança.

Além disso, atentou-se para o fato de que uma das principais formas de concretização dos deveres de proteção do Estado quanto à tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa passa pela interpretação de técnicas processuais por parte do Estado-juiz que garantam a efetivação desse direito fundamental.

Antes de serem evidenciadas as principais técnicas processuais, foram explicadas as características do microssistema normativo responsável pelo processo coletivo que instrumentaliza a tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa, formado pelas Leis de nºs 4.171/1965, 7.347/1985, 8.429/1992, 8.625/1993 e 12.846/2013, como também pelos tratados internacionais que tratam do combate à corrupção (como a Convenção de Mérida), as quais devem ser aplicadas de maneira harmonizada, à luz da CF/88.

Concluiu-se que a teoria do diálogo das fontes deve ser o método de interpretação utilizado no microssistema processual coletivo da tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa, uma vez que busca a adequação das técnicas

processuais às necessidades da realidade social e do direito material, em vista da máxima efetividade do direito fundamental difuso que é objeto de sua proteção, não se descurando da observação dos direitos e garantias fundamentais do demandado face ao poder punitivo estatal, nos casos das ações coletivas próprias do Direito Administrativo Sancionador.

Atingindo o objetivo principal do presente trabalho, foram evidenciadas as técnicas processuais existentes nas normas integrantes do microsistema processual coletivo da tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa, que, interpretadas à luz da teoria do diálogo das fontes, são mais adequadas à garantia da máxima efetividade do direito fundamental tutelado.

Foram destacadas aquelas que se revelam mais aptas a garantirem a máxima efetividade da tutela coletiva do patrimônio público e da moralidade administrativa, realçando os seus aspectos que dizem respeito à idoneidade de tais técnicas processuais em atenderem às necessidades do direito material.

Assim, sublinhou-se como uma das principais dessas técnicas processuais a medida cautelar de indisponibilidade de bens prevista no artigo 7º da Lei nº 8.429/29.

Inferiu-se, tanto pelo julgamento do Recurso Especial nº 1.319.515/ES como pelos demais precedentes citados, que toda a jurisprudência do STJ construída em torno do artigo 7º da Lei nº 8.429/92 levou em consideração as necessidades do direito fundamental da tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa, em vista de lhe garantir a máxima efetividade.

Outra técnica processual abordada foi a medida cautelar de afastamento do agente público responsável pela prática de ato de improbidade administrativa prevista no parágrafo 20 da Lei nº 8.429/92.

Em que pese sua excepcionalidade, não se pode descurar do fato de que a medida de afastamento cautelar é um instrumento poderoso que em muitas situações é a única forma de se garantir um resultado útil do provimento final, sob pena de se inviabilizar por completo a instrução processual, principalmente nos casos em que o agente público se vale da influência do seu posto para destruir provas e constranger testemunhas.

Frisou-se que tal risco não é exclusivo da ação de improbidade administrativa, estando presente em todas as ações que buscam a tutela coletiva do patrimônio público e da moralidade administrativa, levando-se em consideração a nefasta cultura da

corrupção (em sentido amplo) que historicamente vicia e deturpa a higidez das instituições públicas brasileiras, nas suas mais variadas formas.

Por consequência, a indisponibilidade de bens e o afastamento cautelar do agente público devem ser manejados junto às demais leis do microsistema processual coletivo da tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa, complementando-as, uma vez que não há previsão de regras processuais com contornos semelhantes no sistema jurídico brasileiro. Principalmente, em razão da grande aptidão que tais técnicas processuais possuem para satisfazerem os propósitos do microsistema.

Constata-se nas duas situações a ocorrência de situação ensejadora do *diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade*, em que a Lei nº 8.249/92 complementa as demais leis componentes do microsistema.

Além deles, apontou-se que o artigo 14, § 3º, da Lei nº 4.717/65, estabelece para a ação popular um meio executivo peculiar, que se presta a garantir a efetividade das condenações de pagar quantia certa quando o executado for agente público.

Dessa forma, verificou-se que a execução na folha de pagamento se trata de um dos raríssimos meios executivos tipificados no sistema jurídico brasileiro que foi concebido justamente para garantir a plena efetividade da tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa.

Da mesma forma que as medidas cautelares anteriormente citadas, o artigo 14, § 3º, da Lei nº 4.717/65, concluiu-se pela sua aplicação a todo o microsistema processual coletivo da tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa.

Trata-se de mais um exemplo de *diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade*. Só que dessa vez é a Lei nº 4.717/65 que complementa as demais leis componentes do microsistema.

E, por fim, chamou-se a atenção da concessão em ação de improbidade administrativa de liminar *inaudita altera pars* com o fim de obstar o recebimento pelo demandado de novas verbas do poder público e de benefícios fiscais e creditícios.

A utilização de medidas cautelares semelhantes a algumas sanções previstas no artigo 12 da Lei nº 8.429/92 – recebimento pelo demandado de novas verbas do poder público e de benefícios fiscais e creditícios – demonstra que as cláusulas gerais processuais (tais como o poder geral de cautela e a cláusula geral executiva) viabilizam a aplicação das mais variadas formas de técnicas processuais com vistas a garantir a máxima efetividade da tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa.

Por isso, asseverou-se que, diante da plasticidade e fluidez das cláusulas gerais processuais, tem o Estado-Juiz um amplo de espectro de possibilidades para aplicar a técnica processual adequada às necessidades da tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa.

Nesse caso, também se inferiu o *diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade*, uma vez que as cláusulas gerais do Código de Processo Civil (artigos 461, §5º, e 798) e do Código de Defesa do Consumidor (artigos 83 e 84) encontram um uso complementar nos casos regulados pela Lei nº 8.429/92, bem como nas demais leis integrantes do microsistema processual coletivo da tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de Almeida. **Direito material coletivo**: superação da “summa divisio” direito público e direito privado por uma nova “summa divisio” constitucionalizada. Belo Horizonte/MG: Del Rey, 2008.

_____. **Direito processual coletivo brasileiro**: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação. São Paulo/SP: Saraiva, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 20. ed. São Paulo/SP: Saraiva, 1999.

CANOTILHO, J.J. GOMES. Constitucionalismo e Geologia da good governance. In: CANOTILHO, J.J. GOMES (Org.). **“Brançosos” e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006.

CARDOSO, Evorah Lusci Costa. **Litígio estratégico e sistema interamericano de direitos humanos**. Belo Horizonte/MG: Editora Fórum, 2012.

COSTA, Susana Henriques da. **O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa**: ação de improbidade administrativa, ação civil pública e ação popular. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

DIAS, Francisco Barros. A Tutela Cautelar na Ação de Improbidade. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Eduardo José da Fonseca; COSTA, Guilherme Recena (Coordenadores). **Improbidade Administrativa**: aspectos processuais da Lei nº 8.429/92. São Paulo: Atlas, 2013, pp. 187-199.

DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 4. Processo Coletivo. 9. ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador/BA: Editora Juspodivm, 2014.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 7. ed. atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro/RJ: Editora Lumen Juris, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 4 ed. São Paulo/SP: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Teoria Geral do Processo**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo/SP: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, Antônio Silvío. **Improbidade Administrativa: ação civil e cooperação jurídica internacional**. São Paulo/SP: Saraiva, 2010.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor: arts. 1º a 74: aspectos materiais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do Patrimônio Público: comentários à Lei de Improbidade Administrativa**. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo/SP: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso do direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo/SP: Saraiva, 2013.

MOTTA, Reuder Cavalcante. **Tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa: interpretação e aplicação**. Belo Horizonte/MG: Editora Fórum, 2012.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Improbidade Administrativa: alguns aspectos controvertidos. In: **Revista de Direito Administrativo**, v. 235, jan./mar. 2004, pp. 61-91.

_____. Improbidade Administrativa: uma leitura do art. 11 da lei 8.429/92 à luz do princípio da segurança jurídica. In: **Direito Federal**, n. 93, Ano 26, 2º semestre de 2013, pp. 207-221.

QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. As medidas cautelares previstas na lei de improbidade administrativa: natureza jurídica e sua repercussão no princípio do contraditório. In: **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**, n. 1, Ano 2008, Recife/PE, 298-314.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo/SP: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. ed. São Paulo/SP, Malheiros Editores, 2004.