

HUGO NIGRO
MAZZILLI

A defesa
dos **INTERESSES**
DIFUSOS em juízo



2025

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

CAPÍTULO 9

PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO CULTURAL

SUMÁRIO: 1. Generalidades. 2. O patrimônio cultural. 3. O patrimônio artístico e estético. 4. O tombamento.

1. Generalidades

O *patrimônio público* veio originariamente definido, para fins de ação popular, como o conjunto dos bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico.¹ Entretanto, como a Constituição de 1988 alargou o objeto da ação popular para nele incluir a moralidade administrativa, o meio ambiente e o patrimônio cultural, podemos considerar estarem também esses valores incluídos no conceito legal de patrimônio público.²

A expressão *patrimônio cultural* tem sido utilizada em doutrina para referir-se ao conjunto dos bens e interesses que exprimem a integração do ser humano com o meio ambiente (tanto o natural como o artificial), como aqueles de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico ou arqueológico,³ nesse rol incluídos os valores até mesmo imateriais referentes à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.⁴

Por sua vez, o conceito de *patrimônio social* está ligado ao que seja *interesse social*.⁵ Esse conceito tem sido comumente utilizado para alcançar: *a*) a defesa de interesses de grupos, classes ou categorias de pessoas que suportam algum tipo de hipossuficiência (pessoas pobres, desempregadas, faveladas, vítimas de crimes, presas, discriminadas); *b*) a defesa da sociedade como um todo (valores materiais ou imateriais, como o patrimônio cultural).

1. Lei n. 4.717/65, art. 1º, § 1º, com a redação que lhe deu a Lei n. 6.513/77.

2. CR, art. 5º, LXXIII.

3. Sobre o que seja meio ambiente natural, artificial e cultural, *v.* Cap. 7, n. 2.

4. CR, art. 216.

5. A propósito do conceito de patrimônio social, *v.*, ainda, Cap. 10, n. 11.

Embora tenham pontos em comum, esses conceitos nem sempre são coincidentes. Assim, p. ex., um valor estritamente econômico da Fazenda é considerado patrimônio público, embora não constitua valor cultural ou social.

2. O patrimônio cultural

Segundo a Lei Maior, constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: *a)* as formas de expressão; *b)* os modos de criar, fazer e viver; *c)* as criações científicas, artísticas e tecnológicas; *d)* as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; *e)* os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.⁶

A lei admite que, por meio da ação civil pública, seja promovida a defesa em juízo dos interesses de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico — valores estes que integram o chamado patrimônio cultural.⁷ Naturalmente, o cabimento da ação civil pública não exclui a possibilidade de ajuizamento de ação popular, e, até mesmo, não exclui o cabimento de ação de responsabilidade movida diretamente pelos próprios lesados, se for o caso (p. ex., o cidadão, por legitimação extraordinária, pode defender o patrimônio público em geral; as Fazendas Públicas podem defender, por legitimação ordinária, os bens públicos; os proprietários de imóveis tombados, por legitimação ordinária, também podem defender os próprios bens etc.).

3. O patrimônio artístico e estético

A *arte* é o conjunto de meios, processos e regras que dizem respeito ao desempenho de uma atividade; consiste ainda no processo por meio do qual o ser humano cria objetos ou faz apresentações destinadas a produzir em seus semelhantes um estado de sensibilidade ligado ao prazer estético; nesse sentido, é um modo de expressão da beleza. *Estética*, por sua vez, é a teoria do belo e da sensação que a beleza deixa em nós.

Os conceitos de arte e estética completam-se. Assim, p. ex., tanto a partitura de uma música como o texto de uma obra de teatro são protegidos em si mesmos como expressões do patrimônio intelectual (*v.g.*, os direitos autorais); já a execução de uma obra, a encenação de uma peça ou a reprodução de uma música integram o patrimônio estético (a sensação que a obra artística desperta em nós).

6. CR, arts. 215-216.

7. LACP, art. 1º, III.

A proteção individual da obra faz-se ora pelo autor, ora pelo titular de direitos conexos, ora por meio de associações de proteção dos direitos autorais.⁸

Caída a obra no domínio público, compete ao Estado a defesa de sua integridade e autoria,⁹ sem prejuízo da iniciativa do Ministério Público e colegitimados em defesa do patrimônio cultural.¹⁰

A proteção da obra, sob o aspecto atinente ao patrimônio cultural, incumbe em tese a qualquer dos colegitimados à ação civil pública de que cuida a Lei n. 7.347/85; por sua vez, a defesa de interesses individuais homogêneos, coletivos ou difusos de autores ou de titulares de direitos conexos, faz-se por meio de ação civil pública ou coletiva, inclusive por meio de associações civis ou sindicatos legitimados.¹¹

4. O tombamento

A questão do tombamento será examinada no Cap. 11.

8. CR, art. 5º, XXI; Lei n. 9.610/98, arts. 97-98.

9. Lei n. 9.610/98, art. 24, § 2º.

10. CR, arts. 129, III, e 216; LACP, arts. 1º, III, e 5º. No mesmo sentido, admitindo a atuação do Ministério Público em defesa de obra caída no domínio público, como direito moral, *v.* O Ministério Público e o direito autoral, de Eduardo S. Pimenta e Viviane Ricci, *Revista da ABPI*, 38:23.

11. *V.* nota de rodapé n. 8, *supra*.

CAPÍTULO 10

PROTEÇÃO AO

PATRIMÔNIO PÚBLICO E SOCIAL

SUMÁRIO: 1. O patrimônio público e a improbidade administrativa: *a)* evolução legislativa; *b)* quem defende o patrimônio público; *c)* a moralidade administrativa; *d)* o papel do Tribunal de Contas; *e)* o objeto da investigação e o polo passivo. 2. Os atos de improbidade administrativa: *a)* os atos que importem enriquecimento ilícito; *b)* os atos que importem lesão ao erário; *c)* os atos que atentem contra os princípios da Administração. 3. A responsabilidade. 4. A questão do prejuízo. 5. As sanções. 6. A natureza jurídica da ação de improbidade administrativa; 7. A competência. 8. A prescrição. 9. O processo. 10. O Ministério Público na defesa do patrimônio público. 11. O patrimônio social. 12. A transação.

1. O patrimônio público e a improbidade administrativa

a) Evolução legislativa

O próprio ente público tem legitimidade ordinária para defender seu patrimônio; entretanto, já era da tradição de nosso Direito estender ao cidadão a possibilidade de fazer tal defesa por meio de legitimidade extraordinária.

A Constituição de 1988 foi além: além de manter e mesmo alargar a ação popular (art. 5º, LXXIII), demonstrou especial preocupação com o patrimônio de todos: elencou os princípios éticos fundamentais da Administração (art. 37), sancionou os atos de improbidade administrativa e cuidou das respectivas ações de ressarcimento (art. 37, §§ 4º e

5º), e ainda conferiu ao Ministério Público, sem exclusividade, a defesa do patrimônio público e social (art. 129, III, e § 1º).

Ao dar disciplina a essas previsões constitucionais, o legislador ordinário editou a Lei de Improbidade Administrativa — LIA (Lei n. 8.429/92),¹ dispondo sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na Administração pública direta, indireta ou fundacional e deu outras providências.

Nos anos subsequentes, a aplicação dessa lei levou à instauração de milhares de inquéritos civis e ações civis públicas em todo o País, contra governantes e parlamentares federais, estaduais e municipais. Sendo o Ministério Público titular nato dessas investigações, e tendo proposto a maior parte das respectivas ações judiciais, isso lhe tem causado bastante desgaste, não junto à população beneficiária de seu trabalho, mas especialmente junto a todos os níveis dos Poderes Executivo e Legislativo.

As reações não se fizeram esperar. Entre outros episódios, merecem ser lembrados alguns mais especiais, como quando um governante quis impor reconvenção contra o membro do Ministério Público que ousasse processar uma de nossas impolutas autoridades;² ou quando, por meio de proposta de emenda constitucional, se quis inserir na Lei Maior a proibição para o Ministério Público investigar crimes;³ ou ainda quando se tentou disciplinar com maior rigor esta instituição, por ocasião da Reforma do Judiciário...⁴

Mais recentemente, a Lei n. 14.230/21 resolveu alterar profundamente a Lei n. 8.429/92, fazendo com que o sistema da ação de improbidade administrativa recebesse um alívio intenso em favor dos agentes públicos processados.

A edição da Lei n. 14.230 originara-se de um projeto de iniciativa do Poder Legislativo. Em fevereiro de 2018, o presidente da Câmara dos Deputados criara uma comissão de estudos com o pretexto de atualizar

1. Em sua redação original, a constitucionalidade formal da Lei n. 8.429/92 já tinha sido reconhecida (ADIn n. 2.182-DF, STF Pleno, j. 12-05-10, STF Pleno, m.v., rel. Min. Carmen Lúcia, *DJe*, 10-09-10); na ADIn n. 4.295-DF, j. 21-08-23, o STF não reconheceu sua inconstitucionalidade material.

2. Med. Prov. n. 2.088-35/00, do governo Fernando Henrique Cardoso. A propósito, *v.* nota de rodapé n. 9, na p. 91.

3. PEC n. 37/11, rejeitada em agosto de 2013.

4. Publicou jornal da Capital paulista: “O Ministério Público não desperta a ira dos mais poderosos no Senado, mas tem inimigos na Câmara, onde se discute a reforma do Judiciário. A tucana Zulaiê Cobra (SP) está entre as mais empenhadas em reduzir o poder dos procuradores e promotores. Em solenidade com prefeitos realizada na semana passada no Palácio dos Bandeirantes, ela discursou: ‘O Ministério Público está acabando com as prefeituras; vamos agora acabar com ele’. Foi aplaudidíssima”... (*O Estado de S. Paulo*, 12-04-99, p. A-6).

a Lei n. 8.429/92 — a Lei de Improbidade Administrativa. O mote fora o de criar um sistema de defesa da probidade administrativa. Em si, a comissão estava bem intencionada e tudo indicava que, ao produzir trabalho cuidadoso, poderia contribuir para a atualização e o aprimoramento da Lei de Improbidade Administrativa.

Entretanto, não era essa, evidentemente, a intenção dos parlamentares. Em 2021, o projeto foi substituído à sorrelfa; totalmente alterado, passou a tramitar a toque de caixa e foi de imediato aprovado pelas duas Câmaras do Congresso Nacional, tendo sido sancionado sem vetos pelo presidente da República — apesar de a Conamp ter-lhe encaminhado ponderáveis razões reprovando diversos dispositivos apressadamente aprovados pelo Congresso. Na ocasião, a imprensa noticiou que o relator do projeto de lei na Câmara dos Deputados apresentara seu relatório em 24 horas — como se fosse possível acreditar que todo o substitutivo pudesse ter sido feito nesse exíguo período de tempo, quando na verdade já estava pronto na gaveta, à espera da oportunidade de substituir todo o projeto original. O relator, de uma penada, rejeitou todas as emendas que tinham sido apresentadas e o texto foi aprovado pela Câmara em apenas 8 minutos, quando a maioria dos parlamentares sequer poderia conhecer o texto que estavam a votar...⁵

Por que se fez isso? Foi consequência do trabalho que o Ministério Público vinha fazendo a partir da Constituição de 88, e, mais especialmente, a partir da edição da Lei de Improbidade Administrativa de 92. O descontentamento dos parlamentares — alguns atingidos diretamente por condenações decorrentes da Lei n. 8.429/92 —, somava-se ao dos chefes dos Poderes Executivos, pois o Ministério Público passara a processar autoridades que não costumavam ser incomodadas, especialmente presidentes de República, governadores, prefeitos e parlamentares, aqui incluídos os presidentes de uma das Casas do Congresso... De mais a mais, os interessados acusavam o Ministério Público de muitos erros e abusos... Algumas das acusações até podiam ser justificadas, mas erros pontuais de agentes não podem ser confundidos com erros da instituição, e além disso, cada agente tem responsabilidades próprias.

Isso explica o porquê de todas essas alterações na Lei de Improbidade Administrativa terem sido votadas com tanta sofreguidão por parlamentares muitos dos quais podiam estar legislando em causa própria...

A consequência óbvia adveio, pois a Lei n. 14.230/21 foi bastante generosa: aboliu a punição na Lei de Improbidade Administrativa por

5. Cf. <https://www.msn.com/pt-br/noticias/brasil/lira-atropela-ritos-e-p%C3%B5e-em-vota%C3%A7%C3%A3o-projetos-que-at%C3%A9-deputados-desconhecem-texto-final/ar-AAPFAIg?ocid=msedgdhp&pc=U531>, acesso em 14-04-22; e <https://www.terra.com.br/economia/dinheiro-em-acao/imposto-de-renda/lira-atropela-ritos-e-poe-em-votacao-projetos-cujo-texto-final-e-desconhecido-ate-por-deputados,5a44ff0041b7cb9c40f40a400c0cf8f5ewpdpbf2.html>, acesso em 25-10-22.

infrações culposas, restringiu o rol das infrações puníveis, instituiu recursos para cada decisão interlocutória, favoreceu a ocorrência do lapso prescricional de diversas maneiras... Tudo isso em muitos casos praticamente inviabiliza a própria punição. Em razão disso, entenderam alguns que a Lei de Improbidade Administrativa foi substituída pela Lei da Imunidade Administrativa...

De nossa parte, na vigência da Lei n. 8.429/92, vínhamos sustentando há anos que, se um indivíduo quer ser negligente com o seu próprio patrimônio, isso é apenas problema dele; mas se um administrador é negligente com o trato da coisa pública que ele próprio pediu para cuidar e é pago para isso, então ele é mais do que um descuidado: ele é ímprobo, pois ninguém tem direito de ser negligente com a coisa pública! Mas não foi isso o que o Congresso Nacional e o Poder Executivo entenderam, ao editarem a Lei n. 14.230/21.

Embora essa lei mereça muitas das críticas que lhe possamos fazer, está em vigor.

b) Quem defende o patrimônio público

Patrimônio público é o conjunto dos bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico, arqueológico ou turístico, ou ainda de caráter ambiental,⁶ pois o meio ambiente é considerado patrimônio público de uso coletivo.⁷ *Patrimônio público* é, pois, conceito mais amplo que *erário* (patrimônio material do Estado).⁸

O patrimônio público pode ser defendido em juízo tanto pelos próprios entes estatais pertinentes, como pelo cidadão⁹ ou pelo Ministério Público.¹⁰

Quando o ente estatal, como pessoa jurídica, comparece a juízo na defesa de valores estritamente econômicos, ele o faz por legitimação ordinária. A situação é diversa quando ele defende em juízo interesses transindividuais, caso em que age por legitimação extraordinária em substituição processual ao grupo de lesados.¹¹ Por sua vez, o cidadão, na ação popular, sempre agirá por legitimação extraordinária ao defender interesses econômicos do Estado ou ao defender interesses transindividuais, como o meio ambiente. Por fim, quanto ao Ministério Público,

6. CR, arts. 5º, LXXIII, 20, 26 e 216; Lei n. 4.717/65, art. 1º, § 1º.

7. Lei n. 6.938/81, art. 2º, I.

8. REsp n. 1.014.161-SC, 2ª T. STJ, j. 17-08-10, v.u., rel. Min. Mauro Campbell Marques, *DJe*, 20-09-10.

9. Lei n. 4.717/65, art. 1º, § 1º.

10. CR, art. 129, III; LC n. 75/93, art. 6º, VII, *b*; Lei n. 8.625/93, art. 25, IV, *a e b*; LACP, art. 1º, III.

11. LACP, arts. 1º e 5º, III.

como lhe é vedado representar a Fazenda,¹² quando ele empreende a defesa de valores econômicos do Estado, ele não o faz como procurador do ente público, mas sim por legitimação extraordinária; e quando defende interesses transindividuais, também é, como os demais colegitimados, mero substituto processual da coletividade lesada.

No tocante ao ajuizamento da ação de improbidade administrativa de que cuida a Lei n. 8.429/92, com as alterações que lhe impôs a Lei n. 14.230/21, o legislador só se lembrou de mencionar a legitimação do Ministério Público,¹³ mas a jurisprudência do STF entendeu que existe legitimidade ativa concorrente e disjuntiva entre o Ministério Público e as pessoas jurídicas interessadas para a propositura da ação por ato de improbidade administrativa e para a celebração de acordos de não persecução civil.¹⁴

Embora o patrimônio público, tomado em seu sentido estrito (como o conjunto de bens e valores de caráter puramente econômico da Fazenda Pública), não seja interesse transindividual (nem difuso, nem coletivo, nem individual homogêneo), sua defesa pelo Ministério Público, por meio de ação civil pública, é expressamente autorizada pela Constituição e pelas leis.¹⁵

Considerada a acepção lata de patrimônio público, nem todos os interesses que o integram são transindividuais. Assim, um valor estritamente econômico de que seja titular a Fazenda Pública sem dúvida deve ser considerado patrimônio público, como um crédito fiscal ou um veículo do ente público, mas não é nem interesse difuso, nem coletivo, nem individual homogêneo. Mas um interesse ambiental, ou mesmo um interesse ligado à defesa do patrimônio histórico ou cultural, ainda que por definição legal também integrem o patrimônio público, sem dúvida também constituem, pela sua natureza, interesses transindividuais.

A Constituição alargou o rol dos interesses que podem ser defendidos por meio da ação popular,¹⁶ bem como conferiu ao Ministério Público a possibilidade de defesa do patrimônio público, por meio da ação civil pública,¹⁷ o que veio a ser disciplinado pela Lei n. 8.429/92 — conhecida como Lei de Improbidade Administrativa,¹⁸ e pela Lei n. 13.004/14, que introduziu expressamente a defesa do patrimônio público e social entre os objetos da LACP.

12. CR, art. 129, IX.

13. Lei n. 8.429/92, art. 17, com a redação que lhe deu a Lei n. 14.230/21.

14. ADIn n. 7.042-DF e 7.043-DF, STF Pleno, j. 31-08-22, m.v., rel. Min. Alexandre de Moraes, *DJe*, 05-09-22.

15. CR, art. 129, III; LC n. 75/93, art. 6º, VII, *b*; Lei n. 8.625/93, art. 25, IV, *b*; Lei n. 8.429/92, art. 17, com a redação da Lei n. 14.230/21.

16. CR, art. 5º, LXXIII.

17. CR, art. 129, III.

18. Lei n. 8.429/92, art. 17, com a redação que lhe deu a Lei n. 14.230/21.

Já vimos que se distinguem ação popular e ação civil pública.¹⁹ Entretanto, apesar de não haver necessariamente coincidência entre ambas, em casos concretos pode até haver litispendência ou coisa julgada entre elas.²⁰ Já no tocante à ação de improbidade administrativa, distingue-se da ação civil pública de que cuida a LACP, pois, embora nesta última também se defenda o patrimônio público, o objeto da ação de improbidade consiste precipuamente na imposição das sanções políticas e civis de que cuida o § 4º do art. 37 da Constituição.²¹

c) A moralidade administrativa

Segundo a Constituição, a moralidade é um dos princípios norteadores da Administração pública, sendo seu desvirtuamento passível de impugnação judicial na defesa do patrimônio público.²² Assim, na defesa do patrimônio público, a determinação da responsabilidade supõe análise da moralidade administrativa, que é um pressuposto informador do ato administrativo.²³ A noção de *imoralidade administrativa* liga-se à teoria do desvio de poder ou de finalidade: o ato imoral em seus fins viola o princípio da legalidade, e tanto pode ser questionado em ação popular como em ação civil pública ou em ação de improbidade administrativa.²⁴

Quando a Constituição impôs o princípio da moralidade a ser seguido pela Administração Pública, não estava a cuidar de que o administrador agisse dentro de uma ética abstrata de *moralidade filosófica*, o que seria extremamente subjetivo, inseguro e variável no tempo e no lugar. Também não estava cuidando de uma suposta *moralidade jurídica*, como querem outros,²⁵ o que seria uma *contradictio in terminis*, porque, embora tenham pontos em comum na valoração da *norma agendi*, Direito e Moral não se confundem: Direito é Moral com coação ou coerção. A rigor, não existe, pois, *moralidade jurídica*, uma vez que, se a moralidade se tornar jurídica, deixa de ser Moral, passa a ser Direito.

Então, o que quis a Constituição? Quis que o administrador observasse não a moralidade filosófica, nem a suposta moralidade jurídica, e sim a *moralidade administrativa*, como vem instituída pela ordem

19. V. Cap. 6, n. 13.

20. V. Cap. 15.

21. A propósito, v. o item 6, deste Cap.

22. CR, arts. 5º, LXXIII, e 37, *caput*.

23. A propósito do controle dos atos administrativos vinculados e discricionários, v. Cap. 6, n. 6.

24. Cf. art. 2º, parágrafo único, e, da LAP, art. 1º, VIII, da LACP, com a redação que lhe deu a Lei n. 13.004/14, e arts. 11 e 17 da Lei n. 8.429/92, estes com a redação que lhes deu a Lei n. 14.230/21.

25. Marcos Cammarosano, *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*, Belo Horizonte, Forum, 2006, p. 77.

jurídica. Em outras palavras, a Constituição supõe que o administrador fique sujeito aos princípios ético-jurídicos que a legislação descreve, e cuja violação sanciona, entre os quais a honestidade, a imparcialidade e a lealdade. Isso decorre da Constituição e da Lei de Improbidade Administrativa,²⁶ que, ao sancionar comportamentos que recriminam, estão, *ipso facto*, definindo o que é a *imoralidade administrativa* em contraposição ao princípio constitucional da moralidade administrativa.

A Constituição impõe a moralidade como princípio da Administração; de sua parte, a Lei n. 8.429/92 diz exatamente em que consiste a moralidade, quando define os princípios nela compreendidos: “a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade”, seguidos dos tipos dos ilícitos respectivos.²⁷ Isso significa que o administrador não tem de ficar preocupado, p. ex., se o fato de ele ter um caso extraconjugal é moral ou imoral para a sociedade, mas sim se ele está administrando dentro da honestidade, da imparcialidade e da legalidade, ao gerir os recursos de toda a coletividade. Isso é que é moralidade administrativa.

Aliás, nem sempre a Administração como um todo age dentro da moralidade administrativa. V.g., a seguridade nacional existe, teoricamente, para prestar ou pagar benefícios previdenciários a partir de seu custeio atuarial. Mas se ela se transforma numa máquina de arrecadar dinheiro, financiar o governo e só pagar miseravelmente os supostos beneficiários apenas depois de esgotar os meios de furtar-se à obrigação, então teremos a imoralidade administrativa implantada no sistema. Principalmente o pobre se bate contra uma verdadeira muralha quando vai em busca de benefícios previdenciários: se, p. ex., o sistema criar todas as dificuldades para uma pessoa se aposentar mesmo que tenha esse direito, e se o sistema impuser absurdas exigências para lhe conceder um benefício mesmo quando devido, isso será imoralidade administrativa. Não se trata de uma questão de hipotética imoralidade “jurídica” ou “moralidade abstrata ou média”.

Vamos ainda a um exemplo de caso real, da década de 90. A Prefeitura Municipal de São Paulo cobrou, anos a fio, um imposto progressivo na transmissão de bens imóveis (ITBI). O Plenário do STF já tinha decidido, há anos, ser inconstitucional a cobrança progressiva desse imposto, qual fazia a Municipalidade paulista.²⁸ Pois bem, mesmo depois disso, e posto tivesse o plenário da maior corte constitucional rejeitado à unanimidade a cobrança, a Prefeitura paulistana continuou, por quase

26. CR, arts. 5º, LXXXIII, e 37, *caput*; Lei n. 8.429/92, art. 11, com a redação que lhe deu a Lei n. 14.230/21.

27. V. art. 9º a 11 da Lei n. 8.429/92, com a redação que lhes deu a Lei n. 14.230/21.

28. No RE n. 234.105-3, j. 08-04-99, v.u., rel. Min. Carlos Velloso, j. 08-04-99, o Plenário do STF declarou inconstitucional o inc. II do art. 10 da Lei paulistana n. 11.154/91 (*Informativo STF, 144; DJU, 19-04-99*).

uma década, a cobrar o acréscimo inconstitucional. Atitude como essa constitui quebra da moralidade administrativa definida em lei, ou seja: nesse caso, o administrador está violando seus deveres exigidos na ordem legal, porque, na prática, vai conseguir que muitos paguem o que não devem e desistam de recorrer a uma Justiça excessivamente formalista e morosa (o que é outra imoralidade, ainda maior), arcando com um prejuízo indevido e injusto; vai ainda conseguir que outros, ainda que mais abonados que prefiram demandar, tenham de percorrer um processo longo e tortuoso, para talvez obter uma vitória que lhes custará muitos anos e recursos desnecessários.

d) O papel do Tribunal de Contas

A decisão das Cortes de Contas não condiciona a apuração judicial de danos ao patrimônio público.

A instauração de investigações pelo Ministério Público por danos ao patrimônio público, ou a propositura de ação popular ou civil pública independem do julgamento das contas pelo Tribunal de Contas porque: *a)* o Ministério Público e o Poder Judiciário não estão vinculados à decisão das cortes de contas, que são apenas órgãos auxiliares do Poder Legislativo;²⁹ *b)* as contas públicas podem estar perfeitas, ainda que tenha havido a prática de corrupção ativa ou passiva; *c)* há sanções previstas na Lei n. 8.429/92 que independem da efetiva ocorrência de dano material ao patrimônio público ou da apreciação das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal de Contas, ou ainda pelo Poder Legislativo.³⁰

As decisões dos Tribunais de Contas, de que resulte imputação de débito ou multa, terão eficácia de título executivo extrajudicial.³¹ Tem-se entendido que o parecer prévio dos Conselhos ou Tribunais de Contas vale como decisão, exceto se o Poder Legislativo o recusar regularmente.³²

Se uma Corte de Contas apontar irregularidades nas contas (como um alcance praticado pelo agente público), e, mesmo assim, o Poder Legislativo aprovar as contas, perde-se o título executivo extrajudicial, mas só por isso não se inviabiliza a propositura da ação civil pública de conhecimento nem a ação de improbidade administrativa, caso pertinentes.

29. CR, arts. 31, § 1º, e 71, *caput*. Nesse sentido, REsp n. 472.399-AL, 1ª T. STJ, j. 26-11-02, v.u., rel. Min. José Delgado, DJU, 19-12-02, p. 351; REsp n. 1.032.732-CE, 1ª T. STJ, j. 19-11-09, v.u., rel. Min. Luiz Fux, DJe, 03-12-09.

30. Cf. arts. 9º, 11 e 21, I e II, da Lei n. 8.429/92, com a redação que lhes deu a Lei n. 14.230/21. V. ainda, neste Cap., o item 4.

31. CR, art. 71, § 3º.

32. Cf. CR, arts. 31, § 2º, e 49, IX.

Nas ações de improbidade administrativa, a reforma introduzida pela Lei n. 14.230/21 estipulou que, para fins de apuração do valor do dano a ser ressarcido, deveria previamente ser ouvido o Tribunal de Contas.³³ Entretanto, tal exigência, embora muitas vezes possa ser útil, não pode ser tida como absolutamente necessária, pois colidiria com a autonomia funcional do Ministério Público e do próprio Poder Judiciário para enfrentar a questão.³⁴

e) O objeto da investigação e o polo passivo³⁵

A ação civil pública de que cuida a Lei n. 7.347/85 pode objetivar a defesa do patrimônio público e social,³⁶ mas não se confunde com a ação de improbidade administrativa de que cuida a Lei n. 8.429/92, que tem outros pressupostos, outros fins e outro procedimento.³⁷ Para os fins específicos da Lei n. 8.429/92, os atos de improbidade administrativa podem ser objeto de investigação por parte do Ministério Público, ou seja, tanto os que importem enriquecimento ilícito de agentes públicos como os que provoquem lesão ao erário, como, enfim, os que atentem contra os princípios da Administração (LIA, arts. 9º a 11).

A expressão *agente público* é tomada na Lei n. 8.429/92 em sentido amplo:³⁸ “Para os efeitos desta Lei, consideram-se agente público o agente político, o servidor público e todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades referidas no art. 1º desta Lei.”³⁹ E quais são essas entidades? São elas: *a)* os entes públicos primários (União, Estados, Municípios e o Distrito Federal); *b)* as entidades da Administração direta e indireta; *c)* as entidades privadas que recebam subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de entes públicos ou governamentais; *d)* as entidades privadas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra no seu patrimônio ou receita atual.⁴⁰

Uma empresa privada que não receba verbas públicas, ou um particular podem ser parte passiva na ação civil pública de improbidade de que cuida a Lei n. 8.429/92?

33. Lei n. 8.429/92, art. 17-B, § 3º, introduzido pela Lei n. 14.230/21.

34. A propósito, *v.* ADIn n. 7.236-DF, ainda não julgada pelo STF.

35. A respeito do objeto das investigações, *v.*, *tb.*, Cap. 27, n. 2.

36. LACP, art. 1º, VIII, incluído pela Lei n. 13.004/14.

37. A propósito da distinção entre ambas, *v.* item 6, neste Cap.

38. REsp n. 1.137.810-DF, 2ª T. STJ, j. 03-12-09, v.u., rel. Min. Eliana Calmon, *DJe*, 15-12-09.

39. Lei n. 8.429/92, art. 2º, com a redação dada pela Lei n. 14.230/21.

40. Lei n. 8.429/92, art. 1º, *caput*, e §§ 5º-7º, com a redação que lhe deu a Lei n. 14.230/21.

Pelo sistema da LIA, “no que se refere a recursos de origem pública, sujeita-se às sanções previstas nesta Lei o particular, pessoa física ou jurídica, que celebra com a Administração pública convênio, contrato de repasse, contrato de gestão, termo de parceria, termo de cooperação ou ajuste administrativo equivalente”.⁴¹ A lei ainda estipula que suas disposições “são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra dolosamente para a prática do ato de improbidade”,⁴² mas as sanções não se aplicarão à pessoa jurídica caso o ato de improbidade administrativa seja também sancionado como ato lesivo à administração pública de que trata a Lei n. 12.846/13”.⁴³

A reforma trazida pela Lei n. 14.230/21 procurou excluir do âmbito da LIA os atos de enriquecimento ilícito, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação de recursos públicos, praticados em detrimento dos partidos políticos ou de suas fundações.⁴⁴ Entretanto, tratando-se de recursos públicos, é de rigor estarem submetidos ao controle propiciado pela LIA.⁴⁵

O particular poderá ser acionado em conjunto com o agente público, não isoladamente;⁴⁶ entretanto, tratando-se de lesão ao erário praticada exclusivamente por particular ou empresa privada, sem que esteja configurada uma das hipóteses da LIA, não caberá ação de improbidade administrativa e sim ação civil de ressarcimento, inclusive pelo sistema da LACP.⁴⁷

O agente político é expressamente considerado agente público para os fins da LIA.⁴⁸ Nem todas as sanções de que cuida a LIA lhe podem, porém, ser impostas em ação de improbidade administrativa, pois algumas autoridades só perdem a função pública ou têm direitos políticos suspensos por meio de procedimento constitucional específico —

41. Lei n. 8.429/92, art. 2º, parágrafo único, incluído pela Lei n. 14.230/21.

42. Lei n. 8.429/92, art. 3º, com a redação da Lei n. 14.230/21.

43. Lei n. 8.429/92, art. 3º, § 2º, incluído pela Lei n. 14.230/21.

44. Lei n. 8.429/92, art. 23-C, incluído pela Lei n. 14.230/21.

45. CR, art. 37, § 4º. A questão deverá apreciada na ADIn n. 7.236-DF, ainda não julgada pelo STF.

46. REsp n. 1.181.300-PA, 2ª T. STJ, j. 14-09-10, v.u., rel. Min. Castro Meira, *DJe*, 14-09-10; REsp n. 1.155.992-PA, 2ª T. STJ, j. 23-03-10, v.u., rel. Min. Herman Benjamin, *DJe*, 1º-07-10; REsp n. 1.171.017-PA, 1ª T. STJ, j. 25-02-14, v.u., rel. Min. Sérgio Kukina, *DJe*, 06-03-14. Admitindo isoladamente a pessoa jurídica no polo passivo da ação de improbidade administrativa, v. REsp n. 970.393-CE, 1ª T. STJ, j. 21-06-12, v.u., rel. Min. Benedito Gonçalves, *DJe*, 29-06-12.

47. LACP, art. 1º, VIII, inserido pela Lei n. 13.004/14. Nesse sentido, REsp n. 1.155.992-PA, 2ª T. STJ, j. 23-03-10, v.u., rel. Min. Herman Benjamin, *DJe*, 1º-07-10. Seria, a título de exemplo, o caso de um particular que abalroe no trânsito, culposamente, um veículo da prefeitura.

48. Lei n. 8.429/92, art. 2º, com a redação da Lei n. 14.230/21.

não fosse assim, um juiz singular poderia destituir um presidente da República...⁴⁹

Será cabível o ajuizamento da ação civil pública de que cuida a Lei n. 7.347/85, em razão de atos lesivos à Administração pública nacional ou estrangeira praticados por pessoas jurídicas de que cuida a Lei n. 12.846/13, ou seja, sociedades empresárias ou sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como por quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.⁵⁰

2. Os atos de improbidade administrativa

Segundo a Lei n. 14.230/21, que alterou a LIA, a improbidade administrativa não consiste na prática de qualquer ato do agente público que viole a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, mas apenas a *prática de atos ou omissões dolosas*, que levem a enriquecimento ilícito do agente, a lesão ao patrimônio público ou a violação a princípios da administração, como previsto nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei n. 8.942/92, na sua atual redação.⁵¹

A defesa da probidade administrativa não envolve interesse transindividual (de grupos, classes ou categorias de pessoas), mas sim interesse público primário (bem geral da coletividade).

Está o Ministério Público legitimado à propositura da ação de improbidade administrativa,⁵² assim como os entes públicos lesados.⁵³

A Lei n. 8.429/92, também conhecida como Lei de Improbidade Administrativa (LIA), institui o sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa para tutelar a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social.⁵⁴ Para tanto, considera atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 da própria lei, com a redação que lhes deu a Lei n. 14.230/21, todos eles sujeitos a sanções políticas ou pecuniárias, de caráter civil,

49. A propósito, *v. tb.* Caps. 16, n. 12, e 42. O STF lembrou-se de ressaltar a situação do presidente da República, no julgamento do AgRg Pet n. 3.240-DF e na ADIn n. 4.295-DF...

50. Lei n. 12.846/13, arts. 1º, parágrafo único, 5º e 19-21.

51. Por isso que, em tese, a mera irregularidade administrativa não constitui por si só ato de improbidade, cf. REsp n. 1.245.622-RS, 2ª T. STJ, j. 16-06-11, v.u., rel. Min. Humberto Martins, *DJe*, 24-06-11.

52. CR, art. 129, III; Lei n. 8.429/92, art. 17, com a redação da Lei n. 14.230/21.

53. ADIn n. 7.042-DF e 7.043-DF, STF Pleno, j. 31-08-22, m.v., rel. Min. Alexandre de Moraes, *DJe*, 05-09-22.

54. Lei n. 8.428/92, art. 1º.

sejam isolada ou cumulativamente (afora as sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica), no tocante aos atos ali descritos: *a*) que importem enriquecimento ilícito; *b*) que causem prejuízo ao erário; *c*) que atentem contra os princípios da Administração pública.

Nessa matéria, tem-se dito alhures que: *a*) as condutas descritas na Lei de Improbidade Administrativa, quando imputadas a autoridades detentoras de prerrogativa de foro, não se convertem em crimes de responsabilidade; *b*) os agentes políticos que respondam pelos crimes de responsabilidade tipificados não se submetem à Lei de Improbidade (Lei n. 8.429/92), pois, caso contrário, haveria um *bis in idem*; *c*) a ação de improbidade administrativa da Lei n. 8.429/92 tem natureza penal.⁵⁵

Ora, é verdade que, em tese, nem todo ato de improbidade administrativa configura crime de responsabilidade, pois os respectivos contornos típicos nem sempre coincidem; contudo, nada impede que um ato de improbidade administrativa provoque, a um só tempo, mais de um efeito jurídico. Tomemos, por exemplo, um alcance praticado por agente público: será, a um só tempo, ilícito civil, na modalidade de dano ao erário (passível de ressarcimento), e, ainda, ilícito penal (passível de sanção criminal em decorrência do peculato), e, por fim, crime de responsabilidade (passível de julgamento político que leve a *impeachment*). Inexiste o propalado *bis in idem*, uma vez que se trata de fundamentos e efeitos jurídicos diferentes, até porque as sanções da Lei n. 8.429/92 não têm natureza criminal, apesar de esta própria lei, de forma ambígua, tentar sugerir o contrário.⁵⁶ E a razão bastante é simples: desenganadamente, a própria Constituição encarrega-se de esclarecer que os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, *sem prejuízo da ação penal cabível*...⁵⁷ Ação de improbidade é uma coisa, responsabilidade penal é outra.

A partir da vigência da Lei n. 14.230/21, que alterou a LIA, os atos típicos de improbidade agora supõem conduta omissiva ou comissiva praticadas com *dolo*, ou seja, a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado na lei.⁵⁸

Trata-se de dolo genérico ou específico aquele exigido pela LIA?

A matéria referente ao elemento subjetivo do ilícito já foi bem desenvolvida na doutrina penal. Integram o dolo: *a*) a consciência do

55. Essas questões foram aventadas, sem acolhida, quando do julgamento por v.u. da QO Pet n. 3.923-SP, STF Pleno, j. 13-06-07, v.u., rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJe*, 25-09-08.

56. Lei n. 8.429/92, art. 17-D, incluído pela Lei n. 14.230/21. A propósito da natureza jurídica da ação de improbidade administrativa, *v.*, neste Cap., o item 6.

57. CR, art. 37, § 4º.

58. Lei n. 8.429/92, art. 1º, § 1º, com a redação da Lei n. 14.230/21.