

4.7.2 Os 21 anos da Lei da Ação Civil Pública, o Ministério Público e a súmula 329 do Superior Tribunal de Justiça: um futuro promissor?

Marcos Pereira Anjo Coutinho

*Promotor de Justiça do Patrimônio Público da
8ª Promotoria de Justiça de Betim/MG*

*Pós-Graduado em Controle da Administração Pública pela Universidade Gama Filho - RJ
Pós-Graduado em Tutela dos Direitos Difusos, Coletivos e Individuais e Homogêneos pela UNAMA - AM*



Marcos Pereira Anjo Coutinho

A noção de patrimônio público tem amplitude proporcional à importância de sua proteção:

Em rigor técnico, erário e patrimônio público não designam objetos idênticos, sendo este mais amplo do que aquele, abrangendo-o. Entende-se por erário o conjunto de bens e interesses de natureza econômico-financeira pertencentes ao Poder Público (*rectius*: União, Estados, Distrito

Federal, Municípios, entidades da administração indireta e demais destinatários do dinheiro público previstos no art. 1º da Lei nº 8.429/92).

Patrimônio Público, por sua vez, é o conjunto de bens e interesses de natureza moral, econômica, estética, artística, histórica, ambiental e turística pertencentes ao Poder Público, conceito este extraído do art. 1º da Lei nº 4.717/65 e da dogmática contemporânea, que identifica a existência de um patrimônio moral do Poder Público... (por exemplo, art. 11, Lei 8.429/92). (GARCIA; ALVES, 2004. p.281)

Abraça, desse modo, não apenas o conceito de erário, parcela economicamente sensível do patrimônio do Estado, indo além, para incluir em seu bojo o conjunto de bens imateriais, entre eles a moralidade e a probidade, a serem mantidas e preservadas pelo Poder Público.

O patrimônio público pode ser lesionado, assim, tanto pelo eventual desvio de dinheiro numa repartição como, por exemplo, pela perseguição de um Prefeito a servidor que manifeste posicionamento político-partidário diverso.

No campo extrapenal, a defesa do patrimônio público ganhou reforço considerável após o advento da Lei nº 7.347/85.

O democrático instituto da ação popular, tradicionalmente vigente no ordenamento brasileiro, com frequência habitual mostrava-se insuficiente para a proteção do patrimônio público, por força das naturais dificuldades do cidadão comum reunir

elementos de convicção mínimos para a sua propositura.

A magnitude difusa da proteção ao patrimônio público, com lastro na exigência coletiva de uma Administração proba, trazia a viabilidade jurídica do manejo da ação civil pública, a teor do artigo 1º, inciso V, da Lei da Ação Civil Pública.

Não obstante, durante muitos anos, era assídua a extinção, sem julgamento do mérito, de inúmeros processos, sob o fundamento da ilegitimidade do Ministério Público para a defesa do patrimônio público, por inadequação da Lei 7.347/85 apta à defesa dos interesses transindividuais. De acordo com esses entendimentos, o patrimônio público seria uma espécie de *interesse público*, sendo diferenciado, assim, dos *interesses transindividuais* (**teoria tricotômica**: interesse privado x interesse público x interesse transindividual).

Esse fenômeno de crise processual continuou a ocorrer, mesmo após o advento da Constituição da República, que trouxe expressa, no **artigo 129, inciso III**, a essência difusa da proteção do patrimônio público.

De forma contrária às expectativas do Estado Democrático de 1988, o que se evidenciava, na hipótese, era o esquecimento do novo papel judiciário, *verbis*:

O Poder Judiciário tanto pode transformar positivamente a realidade social, como sói de sua missão constitucional, quanto também pode transformá-la negativamente, em inaceitável retrocesso do Estado Democrático de Direito.

Assim o Poder Judiciário poderá transformar ou concorrer para a transformação negativa da realidade social além de outras situações que poderiam ser apontadas quando provocado e: a) preferir uma interpretação de bloqueio divorciada do texto constitucional como vem fazendo o STF em relação ao mandado de injunção como garantia constitucional fundamental; b) deixar de cumprir sua especificação funcional constitucional protetora do Estado Democrático de Direito e cancelar como constitucional medidas provisórias ou outras medidas legais restritivas de direitos e garantias constitucionais fundamentais, para

atender aos ideários econômicos dos planos políticos do governo federal; c) concentrar-se nos comandos legais e infraconstitucionais e esquecer de interpreta-los em conformidade com a Constituição como lei magna; **d) procurar por todas as formas extinguir o processo sem julgamento do mérito, evitando-se o enfrentamento e a resolução do litígio;** (grifos nossos) e) omitir decisão a bom tempo e não priorizar suas atividades jurisdicionais; f) deixar de fundamentar suas decisões jurisdicionais, em flagrante desrespeito ao devido processo legal (art. 5º, LIV) e ao princípio da motivação das decisões judiciais (art. 93, IX). (ALMEIDA, 2003, p.153/154)

Com enormes danos sociais, um número incalculável de litígios que envolviam o dever de reparação ao erário público deixou de ser examinado pelo Poder Judiciário ao longo dos últimos anos, abortando-se prematuramente os enfrentamentos de mérito, indispensáveis à transformação positiva da realidade social.

O Superior Tribunal de Justiça, entretanto, já vinha pondo termo a essas incorreções de interpretação da Lei 7.437/85, a teor dos sólidos posicionamentos estabelecidos:

*ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. 1. A probidade administrativa é consectário da moralidade administrativa, anseio popular e, a fortiori, difuso. 2. A característica da ação civil pública está exatamente no seu **objetivo difuso** que viabiliza multifária legitimação, dentre outras, a do Ministério Público como o mais adequado órgão de tutela, intermediário entre o Estado e o cidadão. 3. A lei de improbidade administrativa, em essência, não é lei de ritos senão substancial, ao enumerar condutas *contra legem*, sua exegese e sanções correspondentes. 4. Considerando o cânone de que a todo direito corresponde uma ação que o assegura, é lícito que o interesse difuso à probidade administrativa seja veiculado por meio da ação civil pública máxime porque a conduta do Prefeito interessa à toda a comunidade local [...] 8. A lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei da ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do código de defesa do consumidor e do estatuto da criança e do adolescente e do idoso, compõem um microsistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se [...] 10. Recurso Especial provido." (Superior Tribunal de Justiça. Processo 510150/MA, Recurso Especial 0007895-7-2003, Rel. Ministro LUIZ FUX, Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, v.u., data do julgamento 17.02.2004, publicação no DJ 29.03.2004, p. 173 grifos nossos).*

Foi nessa esteira de acontecimentos que a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça aprovou, no dia 2 de agosto de 2006, a **súmula 329**: "O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público."

Clarifica-se, através de súmula do Superior Tribunal de Justiça, a pacificação da natureza difusa do patrimônio público, em harmonia com a expressa dicção normativa do artigo 129, inciso III, da Constituição da República.

Neste ponto, é oportuno sublinhar, como ilustração, que as duas únicas súmulas de Tribunais Superiores relativas à ação civil pública versam, curiosamente, sobre questões preliminares ao mérito, o que não deixa de representar um indicativo preocupante

das formais extinções de processos em milhares de ações civis públicas, tudo em detrimento da **efetividade democrática da jurisdição**¹: súmula 329 do STJ e súmula 643 do STF².

Se o presente, contudo, traz esperanças de maior efetividade da ação civil pública, como se encaminha o futuro do Processo Coletivo no Brasil?

Está em discussão, nos meios acadêmicos, um Anteprojeto Brasileiro de Código de Processos Coletivos, capitaneado, entre outros, pela ilustre jurista Ada Pellegrini Grinover.

Por um lado, positivamente, traz o reconhecimento da autonomia desse ramo do Direito Processual, detentor de principiologia própria, incompatível com a sistemática individualista do Processo Civil, ainda hoje impregnada de paradigmas liberais.

Entretanto, os ônus são muito superiores aos bônus advindos da atual redação do Anteprojeto.

O Anteprojeto, na contramão da evolução jurisprudencial, volve à ultrapassada concepção tricotômica, perfazendo distinção entre direitos privados, públicos e transindividuais, justamente num momento histórico em que a velha conceituação de público e privado, com base em suas noções originárias, não mais encontra razoáveis parâmetros no Direito v.g., o desenvolvimento do Terceiro Setor, indicativo da interpenetração e fusão de antigas noções de público, privado e metaindividual.

Ao abordar o patrimônio público como limitada espécie de interesse público³, perfazendo uma inconstitucional⁴ divisão entre ações protetivas dos interesses públicos (ação popular e ação de improbidade administrativa) e ações protetivas dos interesses transindividuais (ação coletiva)⁵, fragmenta-se, paradoxalmente, o harmonioso microsistema de Processo Coletivo vigente.

Não satisfeito com a ruptura do eficaz sistema construído, após décadas de interpretação, o Anteprojeto, ainda, limita o poder de requisição do Ministério Público, ao revogar a Lei da Ação Civil Pública (eliminando seu art. 8º, §1º) e busca, por outro lado, instituir a exigência do contraditório no inquérito civil para a eficácia judicial da prova, olvidando-se que inquérito civil assim como inquérito policial não são instrumentos para aplicação de pena ou sanção.

Cria, nesse ponto, contradição inadmissível, ao transportar a ação de improbidade para o gênero das ações protetivas do interesse público, ao lado da ação popular, permitindo, por exemplo, que uma ação ontologicamente idêntica, de acordo com o sistema proposto (**ação popular**), tenha sua prova livre de restrições sobre a eficácia, enquanto o Ministério Público ao ajuizar ação da mesma natureza (**ação de improbidade**), tenha o dever de condicionar o prévio contraditório para que a prova seja judicialmente eficaz.

Conclui-se, portanto, que os avanços consolidados após décadas de interpretação e, por vezes, ao custo de danos irreversíveis ao patrimônio público, sintetizados na recente súmula 329, de 2 de agosto de 2006, são muito importantes para a consecução do Estado de Justiça Material. Todavia, perigo de grave retrocesso existe, caso o Anteprojeto seja convolado em lei, nos termos da redação atual.

Notas:

¹ O conteúdo material do princípio do amplo acesso à Justiça traz essa conclusão: art. 5º, inciso XXXV - A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito - Constituição da República.

² Súmula 643 do STF: "O Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública cujo fundamento seja a ilegalidade de reajuste de mensalidades escolares".

³ Como se o dano ao erário ou ao patrimônio *lato sensu* trouxesse apenas interesses Fazendários - interesses públicos secundários.

⁴ A distinção é inconstitucional porquanto infringe a expressa disposição do artigo 129, inciso III, da Constituição, que trata patrimônio público como interesse transindividual.

⁵ Abolindo, igualmente, a nomenclatura "ação civil pública", consagrada na Constituição.

Referências bibliográficas:

ALMEIDA, Gregório Assagra. *Direito Processual Coletivo Brasileiro*. São Paulo: ed. Saraiva. 2003.

GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: ed. Lumen Júris. 2ª ed. 2004.