

A DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO

JADIR CIRQUEIRA DE SOUZA

Promotor de Justiça d Estado de Minas Gerais

SUMÁRIO: Introdução – 1 Aspectos históricos – 2 Aspectos conceituais – 3 Órgãos públicos gerenciadores do patrimônio público – 4 Formas de controle – 4.1 Momentos de controle – 4.2 Tipos de controle – 5 Principais ações judiciais defensivas do patrimônio público – 5.1 Ação popular 5.2 Ação civil pública – Conclusão

Introdução

A dilapidação e a inadequada utilização do patrimônio público, no limiar do século XXI, têm tido vasto referencial na imprensa nacional. Diariamente, é possível acompanhar algumas notícias sobre os seguintes assuntos relacionados ao tema: malversação do dinheiro público, políticas públicas deficitárias, corrupção nas entranhas governamentais (SUDAM, SUDENE, VIOLAÇÃO DO PAINEL DO SENADO, OBRAS DO TRT-SP...), ineficiência fiscalizatória dos órgãos internos e externos legitimados, excessiva carga tributária, impunidade administrativa, política e jurisdicional. São fatos graves e que interessam à sociedade brasileira, principalmente em face da causação de irreparáveis prejuízos ao patrimônio público, à moralidade administrativa e aos preceitos basilares do Estado Democrático de Direito.

Dentro desse manancial de notícias desalentadoras, no entanto, duas vertentes otimistas destacam-se: primeiro, a imprensa nacional, sem a pertinente imparcialidade e com suas notórias ligações com os poderes públicos e integrantes dos órgãos governamentais eventualmente acusados, vem conseguindo paulatinamente divulgar os fatos e atos administrativos públicos lesivos ao patrimônio público e à moralidade administrativa; segundo, a sociedade brasileira, aos poucos, assume atitude mais proativa na busca de soluções para os problemas nacionais, inclusive na busca da responsabilização dos culpados.

É possível assegurar que, desde o ano de 1500, sempre existiu a malversação do dinheiro e de outros bens públicos. A nota diferenciadora nas diferentes fases históricas é que, quase sempre, nos períodos ditatoriais a imprensa e os órgãos de defesa da sociedade quedavam-se inertes e em abominável silêncio. Na atual conjuntura, entretanto, a imprensa, o Ministério Público, o Poder

Judiciário, a OAB e respeitáveis segmentos sociais, mesmo com suas deficiências *interna corporis* a transpor, não aceitam os desmandos administrativos e lesivos aos bens públicos com a passividade e o silêncio sepulcral outrora dominante.

O presente trabalho objetiva mostrar as formas, os tipos de controle e as principais ações judiciais utilizadas na defesa do patrimônio público, especificamente na esfera cível e com enfoque eminentemente judicial. Após a conceituação do sentido jurídico do termo será efetuada uma ligeira abordagem histórica. Em seguida, será demonstrada a responsabilidade dos órgãos públicos gerenciadores. Em poucas linhas serão observados os aspectos inerentes aos controles interno e externo, bem como os problemas existentes nos respectivos órgãos legitimados. No final do trabalho, em relação ao controle jurisdicional, será efetuada uma abordagem dos pontos peculiares da ação popular e da ação civil pública, apontando-se suas vantagens, desvantagens e os obstáculos inerentes à sua respectiva utilização.

Dada a relevância e importância do tema versado, as vantagens, desvantagens, críticas e soluções apontadas necessitariam de estudo científico mais aprofundado e criterioso. No entanto, preliminarmente e em linhas gerais, acredita-se que: órgãos públicos controladores eficientes; justiça rápida e eficaz; políticas públicas adequadas; imprensa livre, fiscalizadora e responsável bem como a participação mais ativa da sociedade são os ingredientes aptos a melhorar a defesa da moralidade administrativa e do patrimônio público brasileiro.

Em suma: a defesa do patrimônio público, em virtude das graves mazelas sociais e dos desmandos administrativos que saltam aos olhos de todos, exige postura isenta, firme e profissional dos órgãos legitimados e a maior fiscalização da sociedade para a implementação das medidas básicas de contenção dos desmandos públicos. A melhoria da qualidade de vida da população brasileira e a reversão do sentimento de impunidade que permeia os lares brasileiros passa, obrigatoriamente, pelo forte controle do patrimônio público, conforme será demonstrado.

1 Aspectos históricos

Desde os primórdios das civilizações o homem preocupa-se com a defesa do patrimônio da coletividade, sobretudo em relação à sua respectiva administração e/ou gerenciamento. Os aspectos preocupantes levam em consideração, notadamente, a realidade cultural dos povos nas diferentes fases históricas. Vale dizer: é necessária a contextualização do estudo na história

mundial para a aquilatação de sua importância universal.

Aliás, a origem da preocupação com a defesa dos bens públicos vem do Direito Romano, confundindo-se com a própria História do Direito. Cada ordenamento jurídico, nas diferentes épocas, portanto, mensura em maior ou menor quantidade os valores culturais inerentes à salvaguarda do patrimônio público. A valorização defensiva do patrimônio público decorre da realidade cultural de cada povo. O certo é que, mesmo com diferentes enfoques e valorações defensivas, sempre existiram preocupações inerentes à salvaguarda dos bens da coletividade.

No Brasil, nas suas diferentes fases históricas, em virtude do poder imperial das elites governamentais e da realidade cultural, o patrimônio público não tem recebido defesa mais eficiente, apesar da existência de disposições legais protetivas, inclusive no âmbito constitucional. A história brasileira de defesa do patrimônio público confunde-se com a origem da ação popular. Na verdade, sempre foi tímida, insuficiente e inadequada do ponto de vista operacional.

A sociedade brasileira, desde o período imperial, tem relativizado a importância da correta e eficiente administração e defesa do patrimônio público. A legislação constitucional e infraconstitucional, ao longo da história, tem dado pouca importância a tema de tamanha magnitude social. Ora, legislação deficitária e pouca aptidão da sociedade para a defesa do patrimônio público levam, quase sempre, ao empobrecimento patrimonial e cultural da humanidade.

Ultrapassada a fase mais antiga, efetivamente foi com a ação popular, no ano de 1965, que a sociedade brasileira ganhou inestimável instrumento jurídico-processual de defesa do patrimônio público na esfera cível. Muito embora, na atualidade, a citada lei esteja defasada em seus contornos e finalidades, na época de sua criação foi o marco inicial da significativa defesa dos bens e do patrimônio público. Na verdade, os escândalos e os gastos ilícitos do dinheiro público serviram de embasamento para o surgimento da ação popular. Na época, restou claro que a tipificação dos crimes contra a Administração Pública, no Código Penal de 1940, era insuficiente para impedir, ou pelo menos dificultar, o crescimento dos desmandos administrativos, bem como para efetivar o integral retorno do acervo patrimonial desfalcado.

No entanto, embora com aspectos processuais e materiais relevantes, a ação popular jamais foi utilizada adequadamente e em sua plenitude material. Assim, motivado pela relativa aptidão do cidadão brasileiro em defender a causa pública, pelas nefastas ingerências políticas e em decorrência da pequena eficácia

das ações penais, o legislador ordinário implantou, no ano de 1985, a denominada ação civil pública. De contornos e finalidades mais abrangentes e graves, tem-se mostrado, na atual conjuntura nacional, o instrumento jurídico-processual mais eficiente na ampla defesa do patrimônio público. Historicamente, é possível uma ligeira e rápida confusão entre a aparição nacional do Ministério Público e a consolidação do uso da ação civil pública.

A Constituição Federal de 1988 alargou e melhorou sensivelmente os dois institutos processuais. Posteriormente, com a criação da Lei de Improbidade Administrativa, em 1992, definitivamente permitiu-se a eficaz defesa do patrimônio público. Na realidade, a denominada Lei do Colarinho Branco – titulação coloquial da Lei nº 8.429/92 – foi o marco decisivo, pois, além de buscar a reparação integral dos danos, integralizar a possível indenização, atingir os direitos políticos dos envolvidos, protege os princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade administrativa, independentemente de quaisquer danos patrimoniais.

Ressalte-se, finalmente, ainda que de passagem, que, em virtude dos constantes desmandos e desvios administrativos, especialmente em relação aos provocadores de danos ao patrimônio público e à moralidade administrativa, entrou em vigor a denominada Lei de Responsabilidade Fiscal, n. 101, de 4 de maio de 2001. De natureza complementar, por conseguinte superior à legislação ordinária, tipificou, no âmbito penal, várias condutas lesivas ao patrimônio público. Assim, a completa defesa do erário exige ações penais, civis e administrativas.

2 Aspectos conceituais

A Administração Pública possui o dever de zelar pelos bens integrantes do acervo público nacional. Os bens de toda natureza, se pertencentes à coletividade, possui a Administração Pública como sua natural e legítima tutora. A definição de patrimônio público, instituto administrativo de largo espectro, muito embora indesejável no plano legislativo, é conveniente no aspecto pedagógico, sobretudo pela possibilidade de alargamento da visão sobre o tema.

É possível afirmar, ainda que de forma genérica e com base no Código Civil brasileiro, que os bens públicos diferem-se dos bens particulares pela sua titularidade e/ou domínio e pela sua finalidade. Vale dizer, se pertencentes aos

particulares, denominam-se bens privados; se da coletividade, bens públicos. Assim, os bens pertencentes às entidades públicas ou nas quais o Estado participe recebem a denominação jurídica de patrimônio público.

O termo patrimônio público possui vários significados no plano social, econômico e cultural. A real explicitação do seu significado meramente jurídico, objeto precípua deste trabalho, demanda incursão nos ensinamentos dos administrativistas de renome nacional. Cada autor enfoca o significado jurídico do termo a partir do ângulo adequado à sua visão específica. No entanto, a definição jurídica, via de regra, leva em maior consideração o objeto jurídico tutelado. Nesse aspecto, o autor HUGO NIGRO MAZZILLI ¹ traz definição de fácil assimilação. Vejamos:

“Patrimônio público é o conjunto dos bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico, arqueológico ou turístico, ou ainda de caráter ambiental. Esses interesses compreendidos na noção de patrimônio público podem ser defendidos em juízo tanto pelo próprio Estado, como pelo cidadão ou pelo Ministério Público...”

Verifica-se, portanto, que a definição trazida pelo renomado autor paulista homenageia o objeto jurídico a ser defendido e/ou tutelado pela Administração Pública e pelos órgãos e pessoas legitimadas.

Na mesma linha da definição jurídica acima, é possível acrescentar, parafraseando HELY LOPES MEIRELLES,² que o patrimônio público é formado pela totalidade de bens e coisas corpóreas ou incorpóreas, imóveis, móveis e semoventes, créditos, direitos e ações, que pertençam, a qualquer título, às entidades estatais, autárquicas, fundacionais e paraestatais.

Em linhas gerais, toma-se importante acrescentar que a significação do patrimônio público é de crucial importância e de largo alcance para a implementação formal de sua defesa e tutela. É possível acrescentar que, sempre que as pessoas físicas e jurídicas, independentemente de sua qualidade funcional, auferirem, gerenciarem ou receberem bens públicos, sujeitar-se-ão ao controle preventivo e repressivo do patrimônio público. Assim, é certo afirmar que o conceito de patrimônio público deve ser buscado no Código Civil, por meio dos arts. 65-68 e pela Lei da Ação Popular.

¹ MAZZILLI. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p.153.

² MEIRELLES. *Direito administrativo brasileiro*, p.435.

3 Órgãos públicos gerenciadores do patrimônio público

O patrimônio público, seja na esfera federal, estadual ou municipal, possui gestores próprios, segundo a legislação constitucional vigente. Muito embora pertença a todos, para sua adequada administração, zelo e controle, torna-se importante que existam nos respectivos órgãos públicos, segundo a lei, titulares da gestão, controle e gerenciamento patrimonial. Cabe, portanto, à União, Estados e Municípios e aos demais integrantes da administração direta ou indireta, por meio de seus respectivos representantes, a gestão do patrimônio público. Os órgãos públicos, em escalas diferenciadas de atuação e responsabilidade, possuem o dever de administrar o patrimônio público. O dever emana da lei e da própria Constituição Federal. É necessário destacar que o simples gerenciamento e controle, exatamente como na iniciativa privada, refoge aos limites do trabalho. Didaticamente, seria possível informar, adotando-se a definição jurídica extraída da ação popular, inclusive para fins de responsabilização civil, política e administrativa, que o gerenciamento e controle do patrimônio público cabe à União, Estados, Municípios, entidades estatais e paraestatais e fundações. Assim, aos representantes legais das respectivas pessoas jurídicas de direito público é outorgado o poder-dever de conservação, gerenciamento, controle e defesa do patrimônio público e as respectivas responsabilidades decorrentes. Assim, da responsabilidade pelo gerenciamento e controle exsurge a responsabilidade civil, penal e administrativa.

4 Formas de controle

Os vocábulos “controle” e “defesa” inserem-se na conceituação mais ampla de gerenciamento do patrimônio público. Na verdade, de maior amplitude, o gerenciamento abarca o controle, a defesa e vai mais longe, ou seja, além de resguardar, procura melhorar a qualidade e a quantidade do patrimônio público. Muito embora por meio do controle e da defesa resguardem-se os bens, sobretudo pelo impedimento de sua dilapidação, inclusive com as melhorias decorrentes das ações preventivas e repressivas, o gerenciamento adota a negociação pública mais ampla no campo da licitude e da legalidade administrativa, como premissa de atuação, mediante os atos e contratos administrativos específicos. Na verdade, é difícil diferenciar controle e gerenciamento em virtude da aparente

identidade de resultados. No entanto, didaticamente, é possível a assertiva de que o gerenciamento atrai para o seu interior o controle e a defesa do patrimônio público. Da mesma forma que o particular gerência, controla e defende seu patrimônio individual, os integrantes da Administração Pública também exercem as mesmas atividades, porém com maior carga de responsabilidades e limitações, pelo fato de que gerenciam, controlam e defendem o patrimônio da coletividade. Destacada a especificidade do controle e da defesa, observa-se a necessidade do estabelecimento das formas e dos momentos de atuação dos órgãos públicos. Na realidade, exigem-se atos concretos e específicos para a garantia da integralidade e melhoramento das atividades.

4.1 Momentos do controle

Em primeiro lugar, é preciso enfatizar que não existem momentos específicos na Constituição Federal e nas leis infraconstitucionais para a deflagração do controle e da defesa do patrimônio público. Vale dizer, a qualquer tempo e em qualquer lugar, as ações inerentes devem ser intentadas pelos legítimos responsáveis e pela própria sociedade, se vislumbrado o dano real ou presumido. Como exemplo, destaca-se a imprescritibilidade das ações de ressarcimento, na forma do art. 37, § 5º, da Magna Carta. Em síntese, a base temporal das possíveis ações circunscreve-se à potencialidade de dano patrimonial.

Didaticamente, seria possível a divisão em controle preventivo e repressivo, adotando-se como parâmetro exclusivo a época da ocorrência das condutas omissivas ou comissivas lesivas ao patrimônio público. O controle, portanto, pode ser deflagrado antes ou depois da ocorrência dos resultados.

No controle preventivo, por meio de ações judiciais, políticas e administrativas específicas, busca-se impedir e/ou pelo menos dificultar o surgimento dos danos patrimoniais decorrentes das condutas. No repressivo, da mesma forma, com a existência da causação do dano ou presente a ilicitude civil ou administrativa, busca-se a recomposição integral do patrimônio público lesado. A distinção avulta de importância na medida em que, no Brasil, culturalmente, são mais enfatizados os aspectos repressivos. Vale dizer, outorga-se pouca ênfase, inclusive pela sociedade e pela imprensa nacional, aos aspectos preventivos de controle e defesa do patrimônio público. Mesmo sendo mais eficientes, não se empresta o valor devido.

O controle preventivo, de muito maior alcance e importância, inicia-se desde a escolha dos futuros candidatos nas respectivas convenções partidárias;

passa pela livre escolha dos gestores públicos nas eleições; na assunção dos respectivos mandatos e, finalmente, na livre gestão patrimonial dos bens públicos. Ou seja, a escolha de governantes e administradores antenados com a defesa do patrimônio público e a moralidade administrativa é a grande arma da sociedade contra a corrupção e os desmandos governamentais. Em síntese, administradores públicos despreparados geram irreparáveis prejuízos à sociedade.

Portanto, dentro das ações judiciais e/ou administrativas passíveis de deflagração protetiva, apresenta-se fácil visualizar a existência dos dois momentos, utilizáveis de acordo com o surgimento efetivo ou potencial dos danos ao patrimônio público: preventivo e repressivo.

4.2 Tipos de controle

A partir das formas genéricas – preventivas e repressivas – os controles são desdobráveis em: político, administrativo e jurisdicional.

As ações inerentes ao controle político nas atividades específicas dos poderes legislativos possuem razoável magnitude, porém pouca funcionalidade. Ao verificar a trajetória da específica atividade legiferante, percebe-se que, entre as discussões preliminares nas comunidades, apresentação dos projetos e a entrada em vigor das leis, os parlamentares possuem um vasto e fértil caminho para a discussão e defesa do patrimônio público. Entretanto, as ações desenvolvidas pelo Poder Legislativo são relativamente ineficazes.

No plano repressivo, as CPIs têm servido de extraordinário remédio contra as falcatruas lesivas à sociedade, praticadas pelos próprios encarregados do controle e da defesa do patrimônio público. Muito embora criadas com exagerado sentimento político-partidário, quando bem empregadas melhoram significativamente a qualidade de vida da sociedade, seja indicando as punições devidas, seja recomendando medidas profiláticas ou aplicando as sanções políticas pertinentes (advertência, suspensão e cassação dos direitos políticos).

Entretanto, apesar dos avanços significativos, os legisladores brasileiros pouco fazem nas várias esferas de controle governamental do patrimônio público. Algumas vezes, *advogando em causa própria*, são os primeiros a contribuir para a dilapidação do patrimônio. Os exemplos circunstanciais são: gastos excessivos com viagens e diárias, aumento exagerado dos próprios vencimentos; contratação irregular de auxiliares etc. O controle político, assim, em virtude dos graves problemas enfrentados pelas casas legislativas, não goza do aparente respaldo popular.

No plano do controle administrativo, cabe aos representantes legais da

sociedade utilizar-se das formas de verificação da legalidade e da finalidade pública dos atos administrativos praticados. É certo afirmar que a própria Administração Pública, nas três esferas governamentais, pode e deve defender o patrimônio público independentemente de qualquer controle externo ou provocação. Vale acentuar: pode e deve agir de ofício, ou seja, sem qualquer provocação da sociedade.

A anulação dos atos e contratos administrativos, motivada pela existência de eventuais ilegalidades e/ou ilicitudes, bem como a revogação, sedimentada pela falta de conveniência e oportunidade, e o interesse público são institutos administrativos-procedimentais de importância crucial para o bom desempenho da Administração Pública.

Na prática, porém, observa-se que os institutos preventivos e repressivos de controle administrativo são pouco utilizados e, portanto, relativamente ineficazes. Os integrantes da Administração Pública, em abominável omissão, na maioria das vezes preferem aguardar as decisões do Poder Judiciário para cumprir a lei, mesmo sabedores das ilegalidades praticadas. Assim, a relativa ineficácia do controle administrativo reforça a necessidade do socorro às vias jurisdicionais.

O controle jurisdicional dos atos e contratos administrativos é amplamente utilizado no Brasil e vem se tornando um dos meios mais eficazes de defesa do patrimônio público, apesar das falhas circunstanciais existentes. Muito embora, em épocas passadas, principalmente nos períodos ditatoriais, o Poder Judiciário não tenha obtido êxito na busca do cumprimento integral de suas decisões, na atualidade a sociedade brasileira acredita cada vez mais no Judiciário, principalmente naqueles integrantes que obliteram e anulam os escusos atos administrativos.

É obrigatório destacar que, principalmente no primeiro grau de jurisdição, vários juízes cultos, destemidos e altivos vêm adotando sérias medidas para conter a malversação do dinheiro público, no bojo das ações civis públicas deflagradas pelo Ministério Público.

Modernamente, o Poder Judiciário tem aceitado a discussão sobre a legalidade e a legitimidade dos diferentes atos administrativos. Muito embora ainda presas à vetusta diferenciação entre atos vinculados e discricionários, percebem-se relevantes avanços nas discussões inerentes aos aspectos internos e externos de validez, legalidade e legitimidade dos atos.

Apesar dos avanços científicos, é voz corrente e majoritária nos tribunais que o Judiciário não pode avaliar a conveniência e a oportunidade das medidas, atos e contratos administrativos, especificamente nos atos discricionários. Ou

seja, a conveniência e a oportunidade administrativa refogem, por completo, ao controle jurisdicional. Na verdade, a antiquada idéia de não adentrar no âmago das ações administrativas, no fundo simplesmente transfere o ônus da malversação do dinheiro público para a sociedade. Infelizmente, o Brasil não goza dos sistemas de controle inerentes à França e Portugal.

Sob o singelo e confortável manto protetor da conveniência e da oportunidade administrativa, são praticadas graves condutas violadoras dos princípios constitucionais que ordenam a atuação da Administração Pública – legalidade, moralidade, impessoalidade, eficiência e publicidade. É clássico o exemplo do Prefeito que, para prejudicar o desafeto político, mediante atos formalmente perfeitos, promove a desapropriação de propriedade particular e efetua o pagamento da indenização somente após o trânsito em julgado da expropriatória, utilizando-se o longo caminho judicial para causar prejuízos aos desafetos políticos. Vale dizer, por via oblíqua e moralmente ilegítima, prejudicou o particular, ao dificultar o pagamento, pelo simples fato de postergá-lo no tempo. Nesse parâmetro, a timidez do Poder Judiciário precisa ser vencida.

Em resumo, observa-se que todos os controles possuem vantagens e desvantagens. O seu aperfeiçoamento dos mesmos exige, obviamente, o empenho da sociedade e dos integrantes da Administração Pública *lato sensu*. No Legislativo, é fácil visualizar a falta de operosidade nos assuntos afetos à sociedade e a excessiva rapidez na defesa corporativa de seus integrantes. No Executivo, a omissão é a marca distintiva, inclusive com abominável exclusão de responsabilidade na tomada de decisões revogadoras e/ou anulatórias. No Judiciário, a timidez e a politização das decisões na defesa do patrimônio público incomoda a cidadania, dada a aparente timidez das decisões. Portanto, é certo afirmar que, mesmo com as desvantagens do controle judicial, se adotado corretamente, este continua sendo o meio mais eficaz e eficiente de controle e defesa do patrimônio público, tanto no plano preventivo (cautelares) quanto no plano repressivo (condenações).

5 Principais ações judiciais defensivas do patrimônio público

A Constituição Federal garante e prestigia o acesso do cidadão à Justiça, independentemente do objeto jurídico tutelado. Nessa ótica, a defesa do patrimônio público em juízo recebeu especial relevo na Magna Carta, por meio da reestruturação e maior alcance das várias ações judiciais defensivas, dentre as quais destacam-se a ação civil pública e a ação popular. Assim, além do

incentivo constitucional, a sociedade dispõe de relevantes instrumentos processuais de acesso à Justiça, com a finalidade de promover a defesa do patrimônio público.

Entretanto, mesmo fortificada a acessibilidade judicial, os textos constitucional e infraconstitucional estabelecem os limites e as regras de atuação da sociedade ao fixar, previamente e de forma abstrata, os requisitos, as condições da ação e os pressupostos de existência e validade das relações processuais para o eficaz manejo das ações protetoras do patrimônio público.

As eventuais discussões acadêmicas e/ou doutrinárias sobre os requisitos e as formas das ações judiciais cabíveis não devem servir de pretexto para a manutenção e/ou ratificação jurisdicional das ilegalidades civis e administrativas. Vale dizer: os requisitos, as condições da ação e os pressupostos processuais não devem servir de empecilho para a eficiente defesa do patrimônio público. Entre a forma processual e a relevância do conteúdo da relação material defendida em juízo, deve preponderar a última, especialmente em se tratando do patrimônio da coletividade.

O Código de Processo Civil e as demais leis extravagantes estabelecem as várias formas de defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa. No plano preventivo, sedimentou-se o uso das medidas cautelares, bem como das liminares e das antecipações de tutela. O sistema jurisdicional preventivo possui relevante fundamento para o pronto emprego e aceitação pelo Poder Judiciário: impede a ocorrência dos danos, possivelmente irreparáveis.

No plano repressivo, permitiu-se o manejo das ações de conhecimento, com destaque para a ação popular e a ação civil pública, ambas com assento constitucional. Registre-se no mesmo plano que o mandado de segurança, a ação direta de inconstitucionalidade e o mandado de injunção, ainda que por via reflexa, também protegem o patrimônio público.

O estudo circunstanciado das ações destacadas abaixo – ação popular e ação civil pública – deve-se a três aspectos fundamentais: primeiro, são institutos jurídicos que privilegiam a defesa dos interesses maiores da coletividade de forma indistinta e independentemente da legitimidade dos autores; segundo, são ações judiciais que possuem relevante cunho cívico e reforçam a necessidade da maior participação popular; finalmente, os controles – preventivos e repressivos – desenvolvidos pelos Poderes Executivo e Legislativo são relativamente ineficazes e ineficientes.

5.1 Ação popular

Historicamente, a ação popular deita suas origens no Direito Romano. Naquela época, sempre que estivesse em jogo a *coisa pública*, na expressão de PAULO LÚCIO NOGUEIRA³ caberia a utilização da ação popular nos moldes específicos daquela época.

No Brasil, a Constituição do Império tipificou-a nos arts. 157 e 179, n. 30. As demais constituições federais também trataram da ação popular em maior e menor intensidade, sempre penderes do momento histórico. As modificações legislativas constitucionais, a partir da Constituição de 1824, não provocaram divergências conceituais sobre o conteúdo, alcance e limites da ação popular. Um dado interessante reside no fato de que somente as Constituições Federais de 1891 e 1937 não trouxeram a ação popular em seus conteúdos. O certo é que os diplomas constitucionais, dependendo da valoração cultural predominante, sempre procuraram permitir o controle do cidadão em relação à atuação dos administradores públicos.

A Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965, denominada Lei da Ação Popular, é o diploma legal vigente que cuida dos aspectos materiais e processuais inerentes à tramitação, alcance e conseqüências jurídicas da referida ação. Observe-se que foi criada durante a fase da última ditadura militar. Apesar de sua criação ter ocorrido em plena fase histórica restritiva das liberdades individuais, ela possui elevado espírito de cidadania. Registre-se que na época do seu surgimento foi pouco utilizada devido à própria ditadura militar vigente.

No ano de 1988, com o objetivo de incentivar a participação popular na defesa dos bens e do patrimônio públicos, a vigente Constituição Federal alargou o campo de abrangência e objetos jurídicos tutelados com a expressa inclusão da moralidade administrativa e o meio ambiente. O maior alcance demonstra, inequivocamente, o forte apelo do constituinte à participação popular.

A ação popular possui como uma de suas finalidades básicas, a defesa e o controle preventivo e repressivo do patrimônio público. A citada lei, em seu art. 1º, § 1º, define seu objeto jurídico tutelado da seguinte forma: *Consideram-se patrimônio público para os fins referidos neste artigo os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico*. A Constituição Federal, no art. 5º, LXXIII, reforçou a *actio* estabelecendo: *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*

³ NOGUEIRA. *Instrumentos de tutela e direitos constitucionais*, p.94.

administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e ônus da sucumbência.

Ao se compararem os citados dispositivos, torna-se evidente e clara a percepção de que o texto constitucional alargou seu campo de incidência. Vale dizer, de forma expressa, albergou a defesa do meio ambiente, da moralidade administrativa, bem como em relação às entidades em que o Estado participe com seu capital. Reforce-se a assertiva: o maior número de objetos jurídicos tutelados demonstra que os legisladores procuraram incentivar e fortalecer a participação popular no controle político, administrativo e jurisdicional da Administração Pública.

A base da defesa, por meio da ação popular, centra-se na fiscalização dos vícios – inexistência, nulidade e anulabilidade – dos atos e contratos administrativos. A ação busca proteger o erário com a fiscalização dos requisitos de existência e validade dos atos administrativos: competência, finalidade, forma, motivo e objeto. Qualquer defeito ou vício na formação, desenvolvimento e/ou consumação dos atos provocam a necessidade e a utilidade da prestação jurisdicional.

Esgotados os aspectos históricos e os objetivos genéricos da ação popular, ainda que ligeiramente, torna-se imperiosa a necessidade de destacar alguns aspectos específicos e peculiares da referida ação constitucional.

O primeiro refere-se à legitimidade ativa. Somente o cidadão – no gozo dos seus direitos políticos – possui a possibilidade formal e material de ingressar em juízo. A circunstância marcante reside no fato de que, obrigatoriamente, sob pena de indeferimento liminar, a petição inicial deve ser instruída com a cópia do título de eleitor do autor da ação.

O segundo aspecto refere-se à existência da detecção da *lesão presumida*, nas hipóteses descritas no art. 4º da lei. Nos casos abrangidos pelo dispositivo legal, existe uma presunção de lesividade do patrimônio público, independentemente de qualquer resultado material. Por si só, a prática do ato pressupõe a existência do vício digno de reparo judicial. Pelo óbvio, dispensa-se a produção de provas da culpa, ou seja, basta a demonstração do ato administrativo lesivo para a geração de sua nulificação jurisdicional. É evidente que, na hipótese, foi adotada a responsabilidade civil objetiva.

O terceiro centra-se no fato de que o cidadão defende, exclusivamente, direitos difusos e coletivos da sociedade. É a clássica hipótese da substituição processual. Vale a ressalva de que, muito embora a titularidade

seja exclusiva do cidadão, o objeto jurídico pertence à comunidade defendida.

O quarto parâmetro reside na inexistência da coisa julgada material, se o pedido for julgado improcedente por falta de provas. Nesse caso, surgindo novas provas, torna-se possível a repetição do pedido descrito na ação popular julgada. Assemelha-se, resguardadas as diferenças técnicas, aos mecanismos do possível desarquivamento do inquérito policial, na forma estabelecida pelo art. 18 do Código de Processo Penal. Enfim, são aspectos peculiares diferenciadores das demais ações civis.

No plano prático, apesar da relevância de seus objetivos e fundamentos constitucionais, possui aspectos negativos que merecem estudo mais aprofundado. De plano, chama-se a atenção para quatro circunstâncias que merecem registro superficial.

Primeiro, o cidadão brasileiro não utiliza a ação popular. Comumente, em virtude de nossos traços culturais, da aparente subserviência popular e da dificuldade na colheita das provas, normalmente técnicas, a sociedade aceita as ilegalidades e a dilapidação do patrimônio público com abominável passividade. A comprovação da assertiva surge da simples comparação entre o número de casos de corrupção e desmandos nos governos e a insignificante quantidade de ações populares ajuizadas.

Segundo, a ação é utilizada com cunho predominantemente político-partidário. Normalmente, é usada por políticos que perderam as eleições ou que desejam apenas dificultar o trabalho dos administradores públicos legitimados no pleito eleitoral. Vale dizer: os políticos brasileiros – principalmente os perdedores – são usuários contumazes da ação popular. Exige-se redobrado cuidado para evitar graves injustiças e a paralisação de serviços essenciais à comunidade.

Terceiro, o Poder Judiciário encontra-se ainda apegado aos postulados dos atos administrativos discricionários e, por isso, não adentra no mérito e nos aspectos subjetivos das práticas administrativas. Conforme destacado alhures, a timidez do ingresso judicial no âmago da motivação subjetiva do administrador, invariavelmente, tem mantido incólumes atos administrativos flagrantemente ilegais. Nesse aspecto, estudos sobre o sistema do contencioso administrativo português e francês demonstram que o ingresso na natureza, finalidade e subjetividade do ato administrativo recebe maior ingerência e/ou interferência dos juizes administrativos.

É certo afirmar que, por falta de especialização dos próprios

juízes, ainda prevalece a forma processual em detrimento do relevante conteúdo do interesse público protegido. Na realidade, sabedor de que as decisões judiciais apenas analisam os aspectos formais da legalidade e da moralidade, sem penetrar e/ou discutir exaustivamente os fatos, objetivos e conseqüências, o cidadão acaba se sentindo desencorajado de buscar a proteçãojurisdicional.

Observa-se ainda que os efeitos das decisões que julgam a ação popular são limitados. Não aplicam punições administrativas, civis e políticas cabíveis. Na verdade, limitam-se, tão-somente, a declarar a nulidade dos atos, contratos e/ou práticas administrativas, sem efetivar a punição pessoal do administrador relapso ou negligente. Além dos efeitos limitados impostos pela própria lei, percebe-se que a relativa aptidão de respeitáveis membros do Poder Judiciário para a acolhida da defesa dos interesses difusos e coletivos e também os traços culturais individualistas das sociedades ocidentais são fatores que obstaculizam o correto manejo da ação popular.

Em suma: mesmo com a existência dos problemas apresentados, trata-se de instrumento constitucional de fundamental importância para a democracia brasileira. Seu uso correto deve ser incentivado e recebido com mais sensibilidade pelo Judiciário. É importante ressaltar que muitos juízes brasileiros, em suas decisões, especialmente aqueles mais ligados aos postulados democráticos e de cidadania, proferem verdadeiras aulas de patriotismo ao impedirem e/ou nulificarem os atos causadores de danos ao patrimônio público. Na verdade, se bem empregado, constitui um dos mais importantes instrumentos processuais que legitimam a cidadania, a democracia e o acesso à Justiça.

5.2 Ação civil pública

Desde os primórdios das civilizações observa-se que existe natural outorga de privilégio às ações processuais individualizadas. É ponto comum nas legislações passadas que os sistemas de defesa do patrimônio albergassem a estrita defesa individual. Aliás, os sistemas processuais pretéritos não privilegiavam as defesas dos direitos e interesses coletivos, muito embora essas sempre tenham existido em maior ou menor escala, sempre dependente da cultura dos povos. Na realidade, trata-se de natural decorrência da cultura ocidental.

O fato é que a defesa coletiva somente adquiriu maior importância com

o surgimento dos direitos e interesses das massas, com a globalização mercadológica e com a aparente impossibilidade – material e pessoal – de o Judiciário resolver os conflitos subjetivos na forma individualizada. A defesa coletiva dos interesses coletivos serve, inclusive, para reduzir a numerosa quantidade de ações e recursos em tramitação, normalmente sobre matérias absolutamente repetitivas.

Na década de 70 ocorreu nos Estados Unidos um forte movimento privilegiando a defesa coletiva, principalmente em relação ao meio ambiente e aos direitos dos consumidores. A partir dessa época, os mecanismos e meios processuais de defesa coletiva obtiveram significativas melhorias no alcance, conteúdo e legitimidade. É correto afirmar que a defesa coletiva dos grupos sociais possui mais carga isonômica, seja reduzindo a possibilidade de decisões contraditórias, seja concedendo direitos às pessoas em igualdade de situação.

No Brasil, a defesa coletiva auferiu relevante significado com a implantação da Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, que estabeleceu a Política Nacional do Meio Ambiente. Nessa época, embora vigente a Lei da Ação Popular, percebia-se a necessidade de melhorar a defesa dos interesses coletivos, independentemente do objeto jurídico tutelado.

Após, foram destacados relevantes estudos, principalmente no Ministério Público paulista, com o objetivo de criar o aparato processual necessário para a defesa de outros interesses coletivos e difusos, além do meio ambiente. Após intensas discussões internas e no Congresso Nacional, ainda sem a adequada visão da necessidade do robustecimento das defesas coletivas, surgiu a Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, denominada Lei da Ação Civil Pública. Na época, a Presidência da República, mediante veto pontual, reduziu o alcance da ação ao excluir a expressão *qualquer outro interesse difuso*.

Entretanto, com a Constituição Federal em 1988 e o Código de Defesa do Consumidor, em 1990, em sentido oposto ao veto, alargaram-se os contornos e objetivos da ação civil pública. Na verdade, ocorreu a reinclusão da expressão excluída no veto presidencial. Vale dizer: os referidos diplomas legais melhoraram significativamente os objetivos, limites e contornos da ação civil pública. No entanto, ainda faltava o instrumento legal que trouxesse, especificamente, as condutas típicas violadoras do patrimônio público e, por conseqüência, da improbidade administrativa.

Ainda na linha histórica é importante ressaltar que, mesmo com a mistura de matérias de ordem civil, penal, administrativa e processual, o surgimento da Lei n. 8.429, de 3 de junho de 1992, denominada Lei de Improbidade

Administrativa, constituiu o marco decisivo e relevante na defesa do patrimônio público, sobretudo pela possibilidade de aplicação das penalidades civis (reparação), administrativas (demissão) e políticas (suspensão de direitos). Como visto, o Direito brasileiro outorgou à sociedade, por meio dos órgãos públicos e associações legitimadas, um relevante instrumento de defesa do patrimônio público.

Assim, a ação civil pública alberga em seu conteúdo, além da defesa do meio ambiente, do consumidor, do patrimônio histórico e cultural, a defesa preventiva e repressiva do patrimônio público. A tipificação e/ou o conteúdo material das condutas devem ser buscados nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei n. 8.429/92.

A legitimidade ativa pertence aos entes públicos e associações destacadas no art. 5º da lei. Entretanto, observa-se que a maioria das ações civis públicas com o objetivo de punir os administradores que praticaram improbidade administrativa, independentemente do objeto jurídico tutelado, são deflagradas pelo Ministério Público, conforme pesquisa de campo desenvolvida pelo Dr. PAULO CÉSAR PINHEIRO CARNEIRO.⁴

Uma diferença digna de comentários em relação à ação popular reside no enquadramento material das condutas. Enquanto a ação popular, por meio da lei específica, traz os aspectos processuais e a própria tipicidade formal e material das condutas, na forma omissiva ou comissiva, a ação civil pública alberga, tão-somente, os requisitos, condições e pressupostos processuais da perquirição jurisdicional. Ou seja, na última, em face do conteúdo nitidamente processual, o enquadramento material das condutas deverá submeter-se aos ditames da Lei n. 8.429/92.

Ao traçar um rápido paralelo com a ação popular, torna-se factível observar que a ação civil pública também possui vários problemas na sua aplicação prática, dentre os quais é possível destacar os mais importantes, ainda que de forma perfunctória.

Primeiro, vários membros do Ministério Público, nas duas esferas de atuação – federal e estadual –, além da afoita divulgação das apurações preliminares na mídia nacional, não se prepararam adequadamente para o correio uso do inquérito civil público e o manejo da ação civil pública.

Via de regra, na defesa do patrimônio público, além das matérias de cunho eminentemente técnico, os ilícitos patrimoniais são encobertos e disfarçados nas formalidades inerentes à própria atividade administrativa. Ora, se já é difícil a investigação preliminar, se divulgada publicamente a matéria pesquisada, as

⁴ CARNEIRO. *Acesso à justiça*, p. 197-224.

provas serão destruídas rapidamente. Muito embora a matéria seja controvertida, a nosso talante, a obrigatória divulgação pública somente deveria ocorrer após a colheita de provas aptas a sustentar a deflagração das ações judiciais e com rigoroso controle interno da Instituição. Nesse aspecto, apesar da relevância do tema, as instituições públicas brasileiras encarregadas do controle interno e externo não se prepararam adequadamente para a eficiente defesa do patrimônio público.

Segundo, a tradição brasileira não cultiva o amor pelas coisas públicas. Daí, falta à sociedade acompanhar o desfecho das ações civis públicas por atos de improbidade administrativa, inclusive cobrando do Ministério Público e do Poder Judiciário ações mais eficazes e contundentes. Nesse aspecto, se o Ministério Público e o maior usuário da ação civil pública, a União, os Estados e os Municípios pouco utilizam esse instrumento na defesa patrimonial dos seus bens.

Terceiro, segmentos respeitáveis do Poder Judiciário não visualizam com simpatia a defesa coletiva do patrimônio público. Além da relativa lentidão dos procedimentos e do privilégio das formas processuais, as decisões judiciais, via de regra, não conseguem efetivar a eficaz defesa coletiva em virtude da visão meramente individualista do processo civil brasileiro. Como o bem jurídico tutelado é de extremada importância para a sociedade, seria natural que ocorresse a tramitação mais célere das ações coletivas. Entretanto, existe um claro privilégio na tramitação das ações individuais, sobretudo pela maior facilidade de manuseio e decisão.

Em que pese aos obstáculos apresentados, é imperioso afirmar que a ação civil pública é um dos melhores e mais eficazes instrumentos processuais de defesa do patrimônio público. Os eventuais equívocos legislativos e práticos não desmerecem a força de sua aplicação. Na verdade, a ação civil pública por ato de improbidade administrativa, quando manejada adequadamente pelo Ministério Público e julgada com rapidez e eficiência pelo Poder Judiciário, torna-se instrumento processual de relevante importância para a redução significativa dos danos causados ao patrimônio público nacional.

Finalmente, registre-se que, apesar dos problemas e obstáculos a transpor, o Ministério Público e o Poder Judiciário têm-se destacado na defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa. As críticas científicas são o resultado natural do eficiente trabalho desenvolvido. Nesse parâmetro, o Poder Judiciário, ainda que lentamente, vem aceitando e incentivando a defesa formulada pelo Ministério Público por meio da ação civil pública por atos de improbidade administrativa.

Conclusão

A defesa do patrimônio público precisa ser priorizada junto aos órgãos políticos, administrativos e jurisdicionais, independentemente das formas e momentos do controle. Importantes segmentos do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos demais órgãos controladores conseguiram importantes vitórias no resguardo do patrimônio das comunidades. Na verdade, os bens públicos pertencentes à coletividade, independentemente de posição política dominante, merecem eficiente resguardo e administração. A excessiva liberalidade dos administradores, a dilapidação do patrimônio público e a passividade dos órgãos de controle precisam ser repensadas no limiar do novo século.

Nesse parâmetro, a eficiente defesa necessita de órgãos públicos especializados e com adequada e eficiente capacidade operacional. Passa pela educação e cobrança da sociedade e pela necessidade da rápida resposta do Poder Judiciário. A eficaz tutela jurisdicional preventiva, por meio de medidas liminares e/ou cautelares obstativas dos desmandos administrativos, impedem a dilapidação fugaz do patrimônio público.

É de fundamental importância que as mazelas e os desmandos administrativos sejam obstaculizados, de forma rápida, ainda no nascedouro, uma vez que, quase sempre, apesar dos instrumentos jurídicos cautelares à disposição dos órgãos públicos e do cidadão, o patrimônio público não recebe a adequada e completa recuperação.

A rapidez, o preparo técnico, a ousadia e o ingresso no âmago dos atos e contratos administrativos serão as bases das possíveis mudanças defensivas pelos órgãos judicantes. Numa opinião muito particularizada, acreditamos que o Ministério Público precisa investigar com mais cientificidade, enquanto o Poder Judiciário precisa encontrar formas de solucionar a lentidão na tramitação dos processos inerentes à defesa do patrimônio público. As possíveis querelas institucionais não podem servir de pretexto para a violação dos direitos fundamentais da cidadania.

O cidadão brasileiro possui um importante instrumento jurídico de controle dos atos da Administração Pública: a ação popular constitucional. A sociedade possui um respeitável órgão e um mecanismo fiscalizador das atividades dos poderes públicos: o Ministério Público e a ação civil pública. Os obstáculos e as dificuldades podem ser superados, desde que existam vontade, criatividade, tenacidade e, sobretudo, o desejo e a participação mais ativa da sociedade civil.

O presente trabalho demonstrou os órgãos responsáveis pelo gerenciamento e controle do patrimônio público. Especificou os aspectos históricos, a conceituação legal e doutrinária, além de demonstrar as formas processuais de defesa. Pela sua relevância, sobretudo num país que convive com variadas mazelas sociais e constantes desvios do patrimônio público, o estudo

merece aprofundamento científico. Muito embora não seja a cura para todos os males sociais, a eficiente, eficaz e tenaz defesa e controle do patrimônio público pertence à sociedade, por meio dos órgãos e mecanismos próprios.

Assim, a defesa do patrimônio público, pela relevância da causa, deveria receber tratamento diferenciado do administrador, do jurista e do legislador. Em suma: trata-se de relevante problema nacional que precisa ser discutido à exaustão. Nessa linha, o presente trabalho procurou mostrar que a magnitude do tema exige que sejam adotadas urgentes e aptas medidas de contenção e/ou redução dos desmandos e da malversação do patrimônio público.

Referências Bibliográficas

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional didático*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 1995.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Estado de direito e constituição*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do patrimônio público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Instrumentos de tutela e direitos constitucionais: teoria, prática e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1994.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 11.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.