

1. ATUALIZAÇÕES IMPORTANTES NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E AÇÕES COLETIVAS EM GERAL

1.1 Conceito de improbidade: elástico ou inelástico?

A expressão “improbidade administrativa” é a terminologia/designativo técnico para definir a **corrupção administrativa**, que se apresenta como um **desvirtuamento da função pública somado à violação da ordem jurídica**. A ação de improbidade é, assim, um importante instrumento de **controle judicial** dos atos que a lei caracteriza como ímprobos. Exemplos:

CONCEITO INELÁSTICO DE IMPROBIDADE (STJ) → Em um precedente específico, a Primeira Turma do STJ decidiu que o conceito de ato de improbidade é inelástico, ou seja, não pode ser ampliado para abranger situações que não tenham sido contempladas no momento de sua criação. De acordo com recente precedente do STJ, a LIA tem um sujeito específico: **“o agente público frente à coisa pública a que foi chamado a administrar”**

Veja: “O fato de a probidade ser atributo de toda atuação do agente público pode suscitar o equívoco interpretativo de que qualquer falta por ele praticada, por si só, representaria quebra desse atributo e, com isso, o sujeitaria às sanções da Lei 8.429/1992. Contudo, o conceito jurídico de ato de improbidade administrativa, por ser circulante no ambiente do direito sancionador, não é daqueles que a doutrina chama de elásticos, isto é, daqueles que podem ser ampliados para abranger situações que não tenham sido contempladas no momento da sua definição. **Dessa forma, considerando o inelástico conceito de improbidade, vê-se que o referencial da Lei 8.429/1992 é o ato do agente público frente à coisa pública a que foi chamado a administrar**” (REsp 1.558.038-PE, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 27/10/2015, DJe 9/11/2015 - Informativo 573).”

Atenção: pouco tempo após o precedente acima ter sido publicado, a 1ª Seção do STJ decidiu que **“A tortura de preso custodiado em delegacia praticada por policial constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública”, afastando, pois a necessidade de o sujeito da LIA ser “o agente público frente à coisa pública a que foi chamado a administrar”**. Entendeu, na oportunidade, que as mitigações feitas em precedentes anteriores ocorrem “apenas naqueles casos sem gravidade, sem densidade jurídica relevante e sem demonstração do elemento subjetivo”. Veja:

Primeira Seção

DIREITO ADMINISTRATIVO. CARACTERIZAÇÃO DE TORTURA COMO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

A tortura de preso custodiado em delegacia praticada por policial constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública.

[...] Tais disposições evidenciam que o legislador teve preocupação redobrada em estabelecer que a grave desobediência - por parte de agentes públicos - ao sistema normativo em vigor pode significar ato de improbidade. Com base nessas premissas, a Segunda Turma já teve oportunidade de decidir que “A Lei 8.429/1992 objetiva coibir, punir e afastar da atividade pública todos os agentes que

<http://www.joaolordelo.com>

demonstraram pouco apreço pelo princípio da juridicidade, denotando uma degeneração de caráter incompatível com a natureza da atividade desenvolvida" (REsp 1.297.021-PR, DJe 20/11/2013). **É certo que o STJ, em alguns momentos, mitiga a rigidez da interpretação literal dos dispositivos acima, porque "não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente.** Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10" (AIA 30-AM, Corte Especial, DJe 28/9/2011). **A referida mitigação, entretanto, ocorre apenas naqueles casos sem gravidade, sem densidade jurídica relevante e sem demonstração do elemento subjetivo.** De qualquer maneira, a detida análise da Lei n. 8.429/1992 demonstra que o legislador, ao dispor sobre o assunto, não determinou expressamente quais seriam as vítimas mediatas ou imediatas da atividade desonesta para fins de configuração do ato como ímprobo. Impôs, sim, que o agente público respeite o sistema jurídico em vigor e o bem comum, que é o fim último da Administração Pública. [...].

Por isso, o primordial é verificar se, dentre todos os bens atingidos pela postura do agente, existe algum que seja vinculado ao interesse e ao bem público. Se assim for, como consequência imediata, a Administração Pública será vulnerada de forma concomitante. No caso em análise, trata-se de discussão sobre séria arbitrariedade praticada por policial, que, em tese, pode ter significado gravíssimo atentado contra direitos humanos. **Com efeito, o respeito aos direitos fundamentais, para além de mera acepção individual, é fundamento da nossa República, conforme o art. 1º, III, da CF, e é objeto de preocupação permanente da Administração Pública, de maneira geral.** De tão importante, a prevalência dos direitos humanos, na forma em que disposta no inciso II do art. 4º da CF, é vetor de regência da República Federativa do Brasil nas suas relações internacionais. Não por outra razão, inúmeros são os tratados e convenções assinados pelo nosso Estado a respeito do tema. Dentre vários, lembra-se a Convenção Americana de Direito Humanos (promulgada pelo Decreto n. 678/1992), que já no seu art. 1º, dispõe explicitamente que os Estados signatários são obrigados a respeitar as liberdades públicas. E, de forma mais eloquente, os arts. 5º e 7º da referida convenção reforçam as suas disposições introdutórias ao prever, respectivamente, o "Direito à integridade pessoal" e o "Direito à liberdade pessoal". A essas previsões, é oportuno ressaltar que o art. 144 da CF é taxativo sobre as atribuições gerais das forças de segurança na missão de proteger os direitos e garantias acima citados. Além do mais, é injustificável pretender que os atos mais gravosos à dignidade da pessoa humana e aos direitos humanos, entre os quais a tortura, praticados por servidores públicos, mormente policiais armados, sejam punidos apenas no âmbito disciplinar, civil e penal, afastando-se a aplicação da Lei da Improbidade Administrativa. Essas práticas ofendem diretamente a Administração Pública, porque o Estado brasileiro tem a obrigação de garantir a integridade física, psíquica e moral de todos, sob pena de inúmeros reflexos jurídicos, inclusive na ordem internacional. **Pondere-se que o agente público incumbido da missão de garantir o respeito à ordem pública, como é o caso do policial, ao descumprir com suas obrigações legais e constitucionais de forma frontal, mais que atentar apenas contra um indivíduo, atinge toda a coletividade e a própria corporação a que pertence de forma imediata.** Ademais, pertinente reforçar que o legislador, ao prever que constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de lealdade às instituições, findou por tornar de interesse público, e da própria Administração em si, a proteção da imagem e das atribuições dos entes/entidades públicas. Disso resulta que qualquer atividade atentatória a esse bem por parte de agentes públicos tem a potencialidade de ser considerada como improbidade

<http://www.joaolordelo.com>

administrativa. Afora isso, a tortura perpetrada por policiais contra presos mantidos sob a sua custódia tem outro reflexo jurídico imediato. Ao agir de tal forma, o agente público cria, de maneira praticamente automática, obrigação ao Estado, que é o dever de indenizar, nos termos do art. 37, § 6º, da CF. Na hipótese em análise, o ato ímprobo caracteriza-se quando se constata que a vítima foi torturada em instalação pública, ou melhor, em delegacia de polícia. Por fim, violência policial arbitrária não é ato apenas contra o particular-vítima, mas sim contra a própria Administração Pública, ferindo suas bases de legitimidade e respeitabilidade. Tanto é assim que essas condutas são tipificadas, entre outros estatutos, no art. 322 do CP, que integra o Capítulo I ("Dos Crimes Praticados por Funcionário Público contra a Administração Pública"), que por sua vez está inserido no Título XI ("Dos Crimes contra a Administração Pública"), e também nos arts. 3º e 4º da Lei n. 4.898/1965, que trata do abuso de autoridade. Em síntese, atentado à vida e à liberdade individual de particulares, praticado por agentes públicos armados - incluindo tortura, prisão ilegal e "justiciamento" -, afora repercussões nas esferas penal, civil e disciplinar, pode configurar improbidade administrativa, porque, além de atingir a pessoa-vítima, alcança, simultaneamente, interesses caros à Administração em geral, às instituições de segurança pública em especial, e ao próprio Estado Democrático de Direito. Precedente citado: REsp 1.081.743-MG, Segunda Turma, julgado em 24/3/2015. REsp 1.177.910-SE, Rel. Ministro Herman Benjamin, julgado em 26/8/2015, DJe 17/2/2016.

Lamentavelmente, a jurisprudência do STJ oscila bastante. Para fins de provas objetivas, é importante prestar atenção às expressões usadas pelo tribunal nos precedentes, pois poderão ser literalmente transcritas nas questões.

1.2 Vedação para a transação

Na ação civil pública, é muito comum o chamado **termo de ajustamento de conduta**, que consiste em verdadeira transação. Para o posicionamento clássico, na literalidade da LIA (em sua origem – **art. 17**), tal acordo **não é possível na ação de improbidade**. Para a concepção tradicional, não se admite qualquer acordo/transação/composição nas ações de improbidade, por expressa previsão legal.

Esse entendimento, todavia, tem sido flexibilizado nos dias atuais, em atenção à tutela específica e à melhor proteção do patrimônio público. No âmbito do MPF, já foram celebrados alguns TAC em AIA. Autores como **ANTONIO DO PASSO CABRAL, FREDIE DIDIER e NICOLAO DINO**, na linha da 5ª CCR do MPF, entendem que o dispositivo necessita ter uma interpretação de acordo com as mudanças legislativas ocorridas após a edição da LIA. A título de exemplo, admite-se a convencionalidade até mesmo em processos penais (transação penal, suspensão condicional do processo etc.). No âmbito do Ministério Público, é o que prevalece.

Nesse sentido, a **Medida Provisória n. 703/2015** revogou a **previsão do art. 17, §1º, da LIA**:

Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

~~§ 1º É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput. (Revogado pela Medida provisória nº 703, de 2015)~~

Ocorre que tal Medida Provisória, posteriormente, perdeu sua eficácia, de modo que a redação anterior da LIA foi reestabelecida, com a vedação à transação. Apesar disso, como sobredito, prevalece (dentro do Ministério Público) a possibilidade da celebração de TAC em ações de improbidade.

1.3 A legitimidade coletiva das associações

Na origem, são associações não só aquelas assim denominadas em sentido estrito, mas também **entidades de classe, sindicatos e partidos políticos**. Diferentemente dos demais legitimados, a LACP condiciona a legitimação da associação a 2 requisitos cumulativos (art. 5º), já que são legitimados que não se sujeitam a controle estatal:

- a) **Esteja constituída há pelo menos 1 ano**, nos termos da lei civil, essa regra serve para dar uma maior credibilidade à associação, evitando-se o ajuizamento de ações coletivas por **associação ad hoc**. Mas atenção: O art. 5º, §4º da LACP prevê que **o juiz pode dispensar o requisito da pré-constituição quando o bem jurídico discutido for socialmente relevante (repercussão grande, em razão do dano ou do bem jurídico)**.
- b) **Pertinência temática** → Que inclua entre suas **finalidades institucionais** a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio, artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Para os demais legitimados esse requisito está implícito. **Este requisito da pertinência temática não pode ser dispensado pelo juiz.**

Para MAZZILLI, o requisito da pertinência temática deve ser aplicado a **todos os legitimados** (representação adequada), com exceção do **MP e da Administração Direta**.

Obs.1: o art. 2º-A da Lei 9.494/97 limita profundamente o cabimento da ação coletiva ajuizada por associação para a defesa dos interesses de seus associados contra o Poder Público. Condiciona o ajuizamento de ACP por associações para a proteção de direitos individuais homogêneos contra o Poder Público à apresentação de relação nominal dos associados, endereços e autorização da assembleia:

Art. 2º-A. A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator. [\(Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001\)](#)

Parágrafo único. Nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembléia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços. [\(Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001\)](#)

A Corte Especial do STJ, no julgamento do REsp 766.637/RS, de relatoria da Ministra Eliana Calmon (DJe 01/07/2013), decidiu que **as associações de classe e os sindicatos detêm legitimidade ativa ad causam para atuarem como substitutos processuais em ações coletivas, nas fases de conhecimento, na liquidação e na execução, sendo prescindível (dispensável) autorização expressa dos substituídos**. O tema, contudo, é polêmico e agora está em outra linha. **A título de Exemplo, no REsp 1182454/SC (DJ 2016), o STJ entendeu**

pela aplicação do art. 2º-A, entendimento esse que agora é o mais atual, sobretudo a partir do que decidiu o STF no RE 573.232/SC. Vejamos isso com cuidado:

- segundo entendimento clássico do **STJ**, pode uma associação defender interesses transindividuais que **ultrapassem** os de seus próprios associados, ainda que estes interesses sejam individuais homogêneos. **Isso porque, na Lei da Ação Civil Pública, não há previsão de que a associação deve defender apenas os interesses dos seus associados.** Assim, por exemplo, uma associação protetora dos animais (ou do consumidor) não precisa que a ACP interesse necessariamente a casos concretos de seus associados;
- **mas há associações que possuem uma peculiaridade: elas representam uma classe de trabalhadores, muitas vezes servidores públicos.** Julgando o **RE 573.232/SC**, que cuida da Associação do Ministério Público de Santa Catarina, o STF entendeu que apenas os associados que, na data do ajuizamento da ação, haviam aderido ao polo ativo mediante expressa autorização assemblear seriam beneficiadas pela procedência do pedido;
- O problema desse precedente acima citado é esclarecido por **ZANETI JR. E DIDIER JR:** na realidade, **o STF, ao decidir o caso, tratou apenas da interpretação que deve ser dada ao art. 5º, XXI, da CF/88. Em outras palavras, tratou de algo bem específico: o regramento da representação das associações em relação aos seus associados.** Nada foi dito em relação ao art. 2-A da Lei n. 9.494/97. Apesar disso (e aqui reside o problema), **o STJ resolveu aplicar o precedente de forma mais ampla do que foi decidido**, como se o STF tivesse tratado das ações coletivas movidas pelas associações de classe, como **substitutadas processuais.** Assim, **o STJ tem exigido a necessidade de expressa autorização dos associados para a defesa de seus direitos em juízo, seja individualmente, seja por deliberação assemblear, não bastando, para tanto, a previsão genérica no respectivo estatuto.**
- Entendo, todavia, que o posicionamento do STJ em nada afeta a amplitude do objeto das ações coletivas movidas pelas associações, quando elas não objetivam a defesa específica de seus associados, mas sim uma finalidade estatutária outra, como a defesa dos consumidores.