

COISA JULGADA NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Francisco Arlem de Queiroz Sousa
Advogado da União Especialista em Direito Processual Civil
pelo Centro de Educação à Distância da Universidade de Brasília - CEAD/UNB

SUMÁRIO: 1 Intróito; 2 Coisa julgada; 3 Improbidade Administrativa; 4 Coisa Julga na Ação de Improbidade Administrativa; 5 Conclusão; Referências

RESUMO: A moralidade administrativa foi consagrada Constitucionalmente, estando elencada entre os princípios da administração pública, e sua defesa envolve um interesse transindividual que merece a tutela coletiva. A Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, preencheu lacunas existentes no ordenamento jurídico brasileiro acerca do que poderia ser enquadrado como ato de improbidade administrativa, além de estabelecer seu próprio procedimento. Contudo a coisa julgada não recebeu tratamento específico, motivo pelo qual a doutrina tem debatido sobre qual o regime da coisa julgada deve ser aplicado às sentenças que julgam as ações de improbidade administrativa: se o da coisa julgada comum, o da coisa julgada coletiva ou, ainda, um misto de ambas, a depender do capítulo da sentença. Essa incerteza doutrinária nos ensejou a refletir sobre a necessidade maior de rever alguns conceitos doutrinários que independentemente de sua importância e coerência, deverão ser adaptados a essa peculiar ação coletiva, que é autônoma em relação à ação civil pública *lato sensu*.

PALAVRAS-CHAVE: Improbidade Administrativa. Coisa Julgada. Ação Civil Pública. Lei nº 8.429/92. Patrimônio Público. Interesse Difuso.

ABSTRACT: The administrative morality was enshrined constitutionally, being listed among the principles of public administration, and his defense involves an interest that deserves protection transindividual conference. The Law nº 8.429, of June 2, 1992, has filled gaps in the Brazilian legal system about what could be categorized as administrative misconduct, and to establish its own procedure. However, the res judicata did not receive specific treatment, which is why the doctrine has been debating on which the scheme of res judicata should be applied to the sentences they judge the actions of administrative impropriety: the res judicata policy, the res judicata or collective, moreover, a mixture of both, depending on the chapter of the sentence. This uncertainty gave rise to the doctrine we reflect on the need to review some major doctrinal concepts that regardless of its relevance and coherence, should be adapted to this particular collective action, which is independent from the public civil action in the “broad sense”.

KEYWORDS: Administrative Misconduct. Res Judicata. Public Civil Action. Law nº 8.429/92. Public Property. Diffuse Interests.

1 INTRÓITO

A natureza peculiar das ações de improbidade administrativa desperta interessantes reflexões acerca da coisa julgada em face da veiculação de duas espécies de situações jurídicas decorrentes dos pedidos nela formulados, quais sejam: sanções ao agente ímprobo e ressarcimento ao erário.

Partindo-se da natureza coletiva da ação de improbidade administrativa, a problemática peculiar da coisa julgada ocorrente nas ações coletivas tem repercussão na ação de improbidade administrativa, além de outras questões inerentes à própria essência dessa ação, quando as decisões judiciais nela proferidas acobertam-se pelo manto da coisa soberanamente julgada.

O princípio da segurança jurídica, em seu sentido objetivo de estabilização das relações jurídicas, encontra na coisa julgada uma das formas de concretude. As relações jurídicas não podem ficar indefinidas perenemente, sob pena de o direito não cumprir sua finalidade. Acaso os litígios entre as mesmas partes e sobre a mesma questão pudessem ser renovados a qualquer tempo, a pacificação social restaria comprometida.

O regime jurídico da coisa julgada, ou seja, o conjunto de normas jurídicas que estruturam este fenômeno, dando-lhe feições, contornos e características próprias constitui o arcabouço normativo que assegura um direito fundamental insculpido no inciso XXXVI do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

Esta mesma Lei Fundamental declara entre os princípios da Administração Pública Federal a moralidade administrativa. Embora haja divergências acerca da sinonímia entre moralidade e probidade, o certo é que a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, buscou proteger ambas.

A natureza cível da ação de improbidade administrativa foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal. Contudo, existem debates acerca da possibilidade de manejar-se o procedimento estabelecido pela Lei nº 8.429/92 através de uma ação civil pública ou se este instrumento legal requer ação específica. Porém, a natureza coletiva da ação de improbidade administrativa quase não encontra adversários, haja vista que o interesse difuso à probidade administrativa interessa a toda a coletividade.

1 Art. 5º, Inc. XXXVI – A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

A aplicação do regime jurídico da coisa julgada coletiva nas ações de improbidade administrativa pode gerar algumas dificuldades em razão da existência de duas espécies de interesses em jogo – coletivos e individuais. A utilização das técnicas da coisa julgada secundum eventum litis e secundum eventum probationem podem deixar o indivíduo à mercê de possibilidade de reiteração de demandas que podem vir a atentar contra a sua esfera de liberdades.

Por outro lado, a própria Constituição Federal admite a imprescritibilidade de certos crimes, ou seja, a segurança do indivíduo cede espaço a outros valores preconizados pelo interesse público, tudo devidamente sopesado na ponderação constitucional dos princípios antagônicos.

A coisa julgada nas ações de improbidade administrativa tem sido pouco debatida na doutrina e na jurisprudência. Tendo em vista as várias divergências ainda existentes sobre esses dois institutos, o presente trabalho tem por escopo estudar ambos em conjunto, analisando os reflexos e as problemáticas advindas da interação desses dois fenômenos jurídicos.

2 COISA JULGADA

Coisa julgada é o fenômeno através do qual a sentença se torna imutável ou, segundo o Ministro Moreira Alves², “a coisa julgada a que se refere o artigo 5º, XXXVI, da Carta Magna é, como conceitua o § 3º do artigo 6º da Lei de Introdução do Código Civil, a decisão judicial de que já não caiba recurso, e não a denominada coisa julgada administrativa”.

Barbosa Moreira³ entende que a coisa julgada torna imutável e indiscutível a própria sentença e/ou acórdão que decide o mérito da causa.

Outras disposições normativas conceituam a coisa julgada:

Art. 6º, §3º da LICC: “Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.”

Art. 467 do CPC: “Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.”

² RE 144.996, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 29-4-97, DJ de 12-09-97.

³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada “Relativização” da Coisa Julgada Material. In *Temas de Direito Processual* – 9. série. São Paulo: Saraiva, p. 251, 2007.

Eduardo Couture, *apud* Didier e Zaneti Jr.⁴, relembra em antiga lição que “propalavam os glosadores, com certa dose de exagero, o dístico de Scassia: ‘A coisa julgada faz do branco preto; origina e cria coisas; transforma o quadrado em redondo; altera os laços de sangue e transforma o falso em verdadeiro’”.

Consagrada constitucionalmente no inciso XXXVI do art. 5º da Constituição Federal de 1988 a coisa julgada é um instituto jurídico ligado ao princípio da segurança jurídica⁵. Uma vez prolatada a decisão, ou seja, uma vez efetivada a subsunção do fato à norma jurídica abstrata, conclui-se a atividade jurisdicional e sobre esta reside a figura da coisa julgada.

Quanto à sua natureza, a coisa julgada é entendida como: a) efeito da decisão; b) qualidade dos efeitos da decisão, e; c) situação jurídica do conteúdo da decisão. Para uma perfeita compreensão dessas concepções, faz-se necessário distinguir eficácia, conteúdo e efeito da sentença.

Eficácia da sentença é a potencialidade da mesma para produzir efeitos. Enquanto mera potencialidade, a eficácia não pode ser abarcada pela coisa julgada, já que não existe concretamente.

Conteúdo compreende o disposto no comando judicial, aquilo que restou decidido pelo juiz, seja para conceder o direito a uma prestação, seja para reconhecer um direito potestativo ou tão-somente para declarar algo.

Efeito é a repercussão adjacente àquilo que foi disposto no comando judicial, correspondendo ao que resulta do conteúdo da sentença, ou ainda, a atualização da eficácia⁶. A partir do conteúdo de

4 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil, Teoria da prova, Direito probatório, Teoria do precedente, Decisão judicial, Coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. vol. 2. 4. ed. Salvador: JusPodivm, p. 411, 2009.

5 Marinoni historicia que: “Antigamente, identificava-se o fenômeno da coisa julgada material com a descoberta da verdade. É clássica a idéia, estampada no Digesto romano, de que a coisa julgada é aceita como verdade (*res judicata pro veritate accipitur*). Houve ainda quem viesse na coisa julgada não propriamente a verdade, mas uma ficção (ou uma presunção da verdade)”. Continua o autor: “Em realidade, a coisa julgada não se liga, ontologicamente, à noção de verdade. Não a representa, nem constitui ficção (ou presunção) legal de verdade. Trata-se, antes, de uma opção do legislador, ditada por critérios de conveniência, que exigem a estabilidade das relações sociais, e consequentemente das decisões judiciais”. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento*, vol. 2. 7. ed. revista e atualizada, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 645, 2006.)

6 Levando-se em conta o que acaba de ser visto, cremos chegado o momento de estabelecer uma distinção fundamental, nem sempre levada em conta pelos processualistas, entre eficácias e efeitos da sentença. A

cada uma das decisões é que se é possível esboçar os efeitos oriundos das mesmas.

Feitas estas distinções, partiremos da coisa julgada como efeito da sentença. A corrente doutrinária que adota essa concepção restringe a coisa julgada ao efeito declaratório da decisão. Silva⁷ assevera que “as sentenças podem ter múltiplas eficácias e o fato de que a imutabilidade que protege a decisão jurisdicional, identificável com a coisa julgada material, só se refere ao efeito declaratório da sentença”.

A compreensão de que a coisa julgada é uma qualidade dos efeitos da sentença perpassa a maior parte da doutrina brasileira. Averbam que a autoridade da coisa julgada não deveria ser entendida como um efeito declaratório da sentença, eis que a imutabilidade da sentença é que daria a qualidade a esse efeito declaratório do julgado. Segundo Liebman, *apud* Didier e Zaneti Jr.⁸, “*identificar a declaração produzida pela sentença com a coisa julgada significa, portanto, confundir o efeito com um elemento novo que o qualifica*”.

A coerência do pensamento de Liebman reside no fato de que a sentença produz efeitos desde o instante em que é publicada e não no seu trânsito em julgado, logo, não pode ser a coisa julgada um efeito da sentença.

Por fim, para José Carlos Barbosa Moreira e Fredie Didier Jr., a coisa julgada é uma situação jurídica do conteúdo da decisão, isto é, a coisa julgada se traduz, segundo essa corrente, pela imutabilidade

primeira categoria – a das eficácias – faz parte do “conteúdo” da sentença, como virtualidade operativa capaz da produção de efeitos, ao passo que estes, quer se produzam no mundo jurídico, quer no mundo dos fatos, hão de ter-se como atualizações, no sentido aristotélico, das eficácias. Estas fazem parte do “conteúdo” da sentença, assim como se diz que este ou aquele medicamento possui tais ou quais virtudes (ou eficácias) curativas. Evidentemente não se podem confundir a virtude curativa com o efeito produzido pelo medicamento sobre o organismo enfermo. A eficácia ainda não é o efeito do medicamento. Assim também numa ação de mandado de segurança, por exemplo, haverá sempre como complemento de seu “conteúdo”, a refletir-se na sentença de procedência, o verbo correspondente a ordem para que se expeça o mandado; e, num momento posterior, a expedição e o cumprimento do mandado, é resultado que está fora do “conteúdo” da sentença; e que poderá, até mesmo, jamais se tornar efetivo, sem que o ato jurisdicional perca qualquer de suas eficácias. (SILVA, Ovídio A. Baptista da. Conteúdo da sentença e coisa julgada. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, p. 149-169, jul/set. 2007. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=41102>. Acesso em: 5 abril 2010).

7 SILVA, Ovídio Baptista da. *Sentença e Coisa Julgada*, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 81, 2003.

8 DIDIER JR.; ZANETI JR., op. cit., p. 413.

do conteúdo da decisão. Novamente aqui há de se entender bem a distinção entre “conteúdo da sentença” e “efeitos da sentença”.

Um exemplo pode deixar essa distinção mais evidente. Na separação judicial, a desconstituição do casamento é o conteúdo da sentença e o estado de separados dos cônjuges seria o seu efeito, de forma que a imutabilidade conseguida pela coisa julgada alcança apenas a desconstituição do casamento, jamais seus efeitos. Bem esclarecedor é Didier e Zaneti Jr.⁹:

Pelo mesmo motivo, é possível àquele que se divorciou casar-se novamente, inclusive com a mesma pessoa de quem se divorciara. Isso somente se dá porque a intangibilidade implementada pela coisa julgada material somente atinge o conteúdo da decisão (a dissolução do vínculo matrimonial), e não os seus efeitos (a situação jurídica nova que surge após a dissolução; o *status* de “divorciado”). Se a coisa julgada material atingisse também os efeitos da decisão, tornando-os imutáveis, jamais seria possível ao “divorciado” deixar de sê-lo, não poderia mais casar-se, portanto.

2.1 LIMITES DA COISA JULGADA

2.1.1 LIMITES OBJETIVOS

O Código de Processo Civil - CPC dispõe, no § 1º de seu art. 301, que existirá coisa julgada quando se reproduz ação anteriormente ajuizada e decidida. A seguir, o § 2º informa que “uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido”.

Haverá coisa julgada material quando em posterior demanda, composta pelas mesmas partes, discute-se o mesmo pedido, sob os mesmos fatos e fundamentos jurídicos (causa de pedir).

O autor, ao expor a sua pretensão, estabelece o objeto do processo sobre o qual se pronunciará o magistrado em obediência ao princípio da correlação ou congruência, não podendo conceder nem mais, nem menos do que foi pedido.

Disso resulta que a imutabilidade somente alcança a parte dispositiva da sentença, mas não os motivos que formaram o convencimento do juiz.

9 DIDIER JR.; ZANETI JR., op. cit., p. 355.

A coisa julgada tem seus limites no objeto do processo, isto é, nos limites do pedido que será fixado no dispositivo da sentença. Reza o CPC:

Art. 468. A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.

Art. 469. Não fazem coisa julgada:

I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;

II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença;

III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

Art. 470. Faz, todavia, coisa julgada a resolução da questão prejudicial, se a parte o requerer (arts. 5º e 325), o juiz for competente em razão da matéria e constituir pressuposto necessário para o julgamento da lide.

Obviamente que se mudarmos um de seus elementos (pedido, causa de pedir ou as partes) estaremos a tratar de nova ação. Logo, alterando-se a causa de pedir (próxima ou remota), ter-se-á novos motivos e sobre eles não incide a coisa julgada.

Não é por outro motivo que se alguém propõe ação de alimentos contra outrem, alegando ser seu filho, e o juiz defere o pedido com base nessa alegação, impedido não está o magistrado de negar o pedido desse suposto filho em uma futura ação no qual este tenha pleiteado um quinhão na herança do então considerado pai, exatamente por entender o juiz que o autor não é filho do *de cuius*.

Mas é importante compreender a dimensão do que reza o art. 474 do CPC: “Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido”.

Especificamente para proteger a coisa julgada, tudo o que foi ou poderia ter sido suscitado como alegação em favor do autor ou do réu fica precluso por aquilo que a doutrina denomina de “eficácia preclusiva da coisa julgada”, a qual tem por fundamento o princípio do deduzido e do dedutível, ou no vernáculo latino: *Tantum iudicatum quantum*

disputatum vel disputari debeat (tanto foi julgado quanto foi disputado ou deveria ser disputado).

Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco¹⁰:

Eficácia preclusiva é a aptidão, que a própria autoridade da coisa julgada material tem, de excluir a renovação de questões suscetíveis de neutralizar os efeitos da sentença cobertos por ela. Resolve-se portanto em um mecanismo de autodefesa da coisa julgada, que no Brasil vem regido pelos arts. 471, caput e 474 do Código de Processo Civil.

A expressão eficácia preclusiva expressa a idéia de que a coisa julgada é tomada pela lei como um fato que opera a preclusão de faculdades processuais. As preclusões decorrentes da coisa julgada material constituem objeto do que dispõem esses dois artigos do Código de Processo Civil.

[...]

O art. 474 do Código de Processo Civil complementa e esclarece a norma da eficácia preclusiva da coisa julgada material, disposta no art. 471, ao incluir entre os pontos cujo reexame se proíbe “todas as alegações e defesas que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido”. Fala a doutrina a respeito, não sem alguma impropriedade, em coisa julgada sobre o explícito e o implícito.

O significado do art. 474 é impedir não só que o vencido volte à discussão de pontos já discutidos e resolvidos na motivação da sentença, como também que ele venha a suscitar pontos novos, não alegados nem apreciados, mas que sejam capazes de alterar a conclusão contida no decisório. São razões que a parte poderia opor ao acolhimento do pedido as defesas que o réu talvez pudesse levantar, mas omitiu. Inclusive a prescrição, que ele poderia ter alegado a qualquer tempo e em qualquer instância ordinária do processo (CC, art. 162), se não alegou não poderá alegar mais, depois de passada em julgado a sentença de mérito.

De fato, seria um absurdo que se pudesse reabrir a discussão de algo que já foi decidido em razão de algum ponto relevante que não foi trazido ao primeiro julgamento. Estariam abertas as portas para todo tipo de artimanhas ou, como ensina Barbosa Moreira¹¹:

10 Disponível em: <<http://xoomer.virgilio.it/direitosp/curso/dina33.htm>>.

11 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Direito Aplicado II – Pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, p. 452, 2000.

Sucedee que admitir semelhante possibilidade seria pôr fim em xeque a estabilidade da pretensão jurisdicional dispensada. Lucraria talvez, aqui e ali, a justiça, mas com pesado detrimento para outro interesse fundamental a que deve servir o processo: a segurança. Afinal, é sempre concebível que alguém se lembre, findo o processo, de agitar questão que nele não se cogitara. A certeza jurídica ficaria a pender de tênue fio, até a consumação dos séculos, se, apenas por essa razão se autorizasse a indefinida reiteração do pleito. Diante de dois males potenciais, os ordenamentos jurídicos têm de optar pelo menos grave. A alternativa é a seguinte: ou se abre ensejo a repetição, desde que alegada questão nova, ou se estabelece que, após a formação da coisa julgada, e enquanto esta subsistir, qualquer questão perde relevância, torna-se inútil suscitá-la para tentar reverter o desfecho. Em outras palavras: ou se nega ou se reconhece à *res judicata* eficácia preclusiva em relação às questões não examinadas no processo.

Completa Marinoni¹² que:

Por essa razão, a preocupação com o “julgamento implícito”, ou com a eficácia preclusiva da coisa julgada, só tem relevância se houver a possibilidade de ofensa (na segunda ação) à coisa julgada já formada. Como assinala BARBOSA MOREIRA, “a eficácia preclusiva da coisa julgada material se sujeita, em sua área de manifestação, a uma limitação fundamental: ela só opera em processos nos quais se ache em jogo a *auctoritas rei iudicatae* adquirida por sentença anterior. Tal limitação resulta diretamente da função *instrumental* que se pôs em relevo: não teria sentido, na verdade, empregar o *meio* quando não se trate de assegurar a consecução do *fim* a que ele se ordena. Isto significa que a preclusão das questões logicamente subordinantes apenas prevalece em feitos onde a lide seja a *mesma* já decidida, ou tenha solução dependente da que se deu à lide já decidida. Fora dessas raiais, ficam abertas à livre discussão e a apreciação as mencionadas questões, independentemente da circunstância de havê-las de fato examinado, ou não, o primeiro juiz, ao assentar as premissas de sua conclusão.

2.1.2 LIMITES SUBJETIVOS

A sentença somente faz coisa julgada às partes entre as quais ela é dada, não beneficiando nem prejudicando terceiros. Essa é a regra geral disposta no art. 472 do CPC, que ainda pontua que nas causas

12 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*, 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 644, 2006.

relativas ao estado da pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.

A regra geral é o desdobramento de uma série de princípios constitucionais, como o da inafastabilidade da jurisdição, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Imaginar que uma decisão poderia paralisar um terceiro que não participou do processo seria o mesmo que vedar o acesso à justiça, que se constitui em cláusula pétrea.

Exceções ocorrem com relação ao terceiro que tenha interesse jurídico na causa. Quando um sujeito se vê na iminência de ser atingido pelos reflexos de uma sentença, ele é autorizado a assistir uma das partes e com isso evitar o próprio prejuízo. Nessa hipótese a assistência é simples, e a doutrina e a jurisprudência são relativamente pacíficas em não incluir o assistente simples entre aqueles que estão sujeitos à coisa julgada.

Quando o direito material discutido em juízo interessa **diretamente** a outra pessoa que não o autor ou ao réu, o mesmo deve ingressar no processo como titular do bem, não sendo correto chamá-lo de terceiro. Nessa hipótese a assistência é litisconsorcial e o assistente pode ser atingido pela coisa julgada.

O assistente qualificado ou litisconsorcial é titular de um direito que tem relação jurídica com o adversário do assistido, da mesma forma que tem o próprio assistido, devendo sofrer os efeitos da coisa julgada.

2.2 COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS

A coisa julgada nas ações coletivas é um dos temas mais peculiares. Inicialmente vejamos a classificação dos diversos/interesses envolvidos no âmbito da proteção coletiva.

- a) *Interesses difusos*: são interesses supra-individuais, que não pertencem a um indivíduo ou grupo determinado, mas a um número indeterminado de pessoas. A existência uma pessoa concretamente ofendida não elide a indeterminação característica desse tipo de interesse, tampouco o interesse difuso consiste na soma dos interesses individuais. As principais características desses interesses são as seguintes:

1. supra-individualidade ou meta-individualidade
 2. existência de pluralidade de titulares, em número indeterminado e praticamente indeterminável;
 3. o bem jurídico protegido é indivisível, pois atinge a pessoas indistintamente, e;
 4. ausência de relação-base entre os titulares do direito.
- b) *Interesses coletivos*: são interesses que pertencem a indivíduos indeterminados, mas determináveis, pois são comuns a uma coletividade de pessoas. As principais características desses interesses são as seguintes:
1. pertence a um grupo de indivíduos facilmente identificável;
 2. o bem jurídico protegido é indivisível, e;
 3. existência de relação jurídica-base entre os titulares do direito.
- c) *Interesses individuais homogêneos*: são interesses que pertencem a vários indivíduos, sendo estes determinados. No direito individual homogêneo a causa é comum e afeta distintamente um número determinado de pessoas (exemplo clássico são os adquirentes de veículos com vício oculto). As principais características desses interesses são as seguintes:
1. sujeitos determinados;
 2. o bem jurídico protegido é divisível, e;
 3. os titulares do direito violado estão unidos em razão de uma violação que tem origem comum a todos.

Muito embora no Brasil existissem normativos que já consagravam alguma proteção aos interesses coletivos acima mencionados (ex: ação popular, a ação de proteção ambiental da Lei nº 6.938/81, Lei da Ação Civil Pública - Lei nº 7.347/85), foi com o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) que verdadeiramente se instaurou um microsistema das ações coletivas.

Nessa senda, dispõe o art. 103 do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 103 - Nas ações coletivas de que trata este Código, a sentença fará coisa julgada:

I - *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova, na hipótese do inc. I do parágrafo único do art. 81;

II - *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inc. II do parágrafo único do art. 81;

III - *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inc. III do parágrafo único do art. 81.

Parágrafo primeiro - Os efeitos da coisa julgada previstos nos incs. I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.

Parágrafo segundo - Na hipótese prevista no inc. III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.

Parágrafo terceiro - Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste Código,² mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99.

Parágrafo quarto - Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.

Art. 104 - As ações coletivas, previstas nos incs. I e II do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incs. II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no

prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

De acordo com Mancuso¹³:

Como se verifica, o que pode variar é o espectro da eficácia expandida do julgado coletivo, na razão direta de uma conjugação formada pelo *tipo* de interesse metaindividual e do *pedido* que tenha sido formulado, como se constata nesta pontuação: (A) considerando-se que uma lei federal não pode ser inconstitucional apenas para uma parte do País ou em face de certos sujeitos, impondo-se uma resposta judiciária unitária, positiva ou negativa, mas sempre em face de todos, então o interesse concernente só pode ser *difuso*, e a respectiva coisa julgada só pode mesmo projetar-se *erga omnes*, e isso mesmo é o que se colhe dos textos de regência (CDC, art. 103, I; CF, art. 102, § 2º; Lei 9.868/99, art. 28, parágrafo único); (B) um valor ou interesse concernente a certo grupo, categoria ou classe não é tão expandido a ponto de concernir a toda a coletividade, nem tão restrito a ponto de comportar redução a uma figura litisconsorcial clássica, e por isso, a coisa julgada vai se projetar num grau médio, ao interior do seguimento considerado, nos moldes da coisa julgada *ultra partes* (arts. 81, II, e 103, II do CDC); exemplo disso pode ocorrer nos dissídios coletivos trabalhistas, quando instaurados em face de uma fração de empregados de uma categoria: a “decisão sobre novas condições de trabalho poderá também ser estendida a todos os empregados da mesma categoria profissional compreendida na jurisdição do Tribunal” (CLT, art. 869); (C) enfim, há interesses que em essência são individuais, apenas esparsos por número expressivo de sujeitos, sendo coletivos apenas no modo processual em que podem ser conduzidos, e para esses vem indicada uma coisa julgada que é *erga omnes*, mas por aí se entendendo que ela opera em face de *todos os sujeitos concernentes ao episódio gerador da controvérsia judicializada* (CDC, art. 81, III, c/c art. 103, III, e art. 104).

Resumindo, pode-se dizer que no âmbito da tutela coletiva não existe apenas uma, mas diversas espécies de coisa julgada que vão depender da natureza do direito em litígio e do resultado da lide, conforme se pontua abaixo:

- 1) A coisa julgada nas ações em defesa de direitos difusos estende os seus limites subjetivos às esferas individuais

13 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. 2. ed. São Paulo: p. 546, 2007.

somente para beneficiar, isto é, a sentença fará coisa julgada *erga omnes* no caso de procedência ou improcedência por qualquer motivo que não seja a insuficiência de provas (art. 103, inc. I e § 1.º do CDC), impedindo que qualquer co-legitimado intente nova ação, mas não interferindo nas ações individuais. No caso de improcedência com fundamento na insuficiência de provas a sentença não se reveste da autoridade da coisa julgada, de forma que qualquer legitimado, ainda que o mesmo que atuou na demanda, pode renovar a ação, utilizando-se de prova nova;

2) A coisa julgada nas ações em defesa dos direitos coletivos estende os seus limites subjetivos ultra-partes, ao grupo ou classe, somente para beneficiar, no caso de procedência do pedido ou no caso de improcedência por qualquer motivo que não seja a insuficiência de provas (art. 103, inc. II e § 1.º do CDC), impedindo que qualquer co-legitimado intente nova ação, mas não interferindo nas ações individuais. No caso de improcedência com fundamento na insuficiência de provas a sentença não se reveste da autoridade da coisa julgada, de forma que qualquer legitimado, ainda que o mesmo que atuou na demanda, pode renovar a ação, utilizando-se de prova nova;

3) A coisa julgada nas ações em defesa dos direitos individuais homogêneos estende seus limites subjetivos *erga omnes* no caso de procedência do pedido para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores (art. 103, inc. III do CDC). No caso de improcedência a coisa julgada atinge as partes, incluindo aqueles que atuaram como litisconsorte em face do chamamento providenciado pelo art. 94 do CDC, mas não inibe a propositura de ações individuais por parte daqueles que não atuaram como litisconsortes (§ 2º do art. 103 do CDC).

Com relação a esse último ponto, Mancuso¹⁴ observa que:

O ponto não escapou a crítica de José Ignácio Botelho de Mesquita, ao observar que, pela regra do § 2º do art. 103, da Lei 8.078/90, a ação coletiva julgada improcedente, ao prejudicar as ações individuais dos sujeitos que antes tenham decidido aderir ao pleito

14 MANCUSO, op. cit., p. 266.

coletivo, em verdade “constituirá um poderoso incentivo a que as vítimas *não ingressem* como litisconsortes na ação que seja intentada por algum dos legitimados do art. 82.

De tudo o que foi exposto, pode-se apreender as seguintes particularidades no regime da coisa julgada coletiva:

- a) Ela se forma indistintamente em relação a todos os legitimados, desde que tenha sido julgado o mérito da demanda;
- b) Não haverá coisa julgada se a improcedência decorrer de insuficiência de provas; e nessa hipótese, a demanda poderá ser renovada por qualquer legitimado desde que esse apresente nova prova;
- c) Os interessados não são atingidos pela improcedência da demanda, a qual só lhes aproveitará em caso de procedência, e poderão propor demandas individuais, exceto quando se tratarem de direitos individuais homogêneos e tiverem participado do processo coletivo como litisconsortes, e;
- d) Os interessados poderão transferir *in utilibus* a coisa julgada para a satisfação de suas pretensões pessoais em caso de procedência do pedido.

3. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

3.1 DIFERENCIAÇÃO: PROBIDADE X MORALIDADE

A palavra improbidade advém do grego *improbitate*, que significa *desonesto*. A distinção entre probidade e moralidade vem sendo trabalhada há algum tempo pela doutrina, já que ambas se relacionam com a idéia de honestidade.

A improbidade administrativa vinha tratada na Constituição de 1934 com contornos semelhantes ao que temos hoje¹⁵. Já a moralidade é de previsão normativa mais recente¹⁶, tendo aparecido entre os

15 Dispunha o inc. 38 do art. 113 da Constituição de 1934: Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios.

16 Contudo, o STF, analisando o princípio da moralidade, adverte que o mesmo sempre esteve presente no Ordenamento Jurídico: “poder-se-á dizer que apenas agora a Constituição Federal consagrou a moralidade como princípio de administração pública (art. 37 da CF/1988). Isso não é verdade. Os princípios podem estar ou não explicitados em normas. Normalmente, sequer constam de texto regrado. Defluem no todo

princípios da Administração Pública elencados no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 88:

Art. 37. A administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]” (com redação dada pela EC 19, de 04.06.1998).

Importante frisar que a CF/88, ao mencionar a lesão a moralidade administrativa, tratou-a como improbidade no § 4º do art. 37:

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

Enaltecendo a moralidade como princípio superior à coisa julgada, transcrevemos lição do Ministro José Augusto Delgado¹⁷, cujas palavras vale a pena transcrever, em que pese a extensão delas:

A ele(princípio da moralidade) subordina-se qualquer conduta estatal ou privada. A ele submete-se a própria supremacia da lei. Esta, como pregou Montesquieu e os autores da Revolução Francesa, “é o primado da razão, conseqüentemente da justiça. O direito, para eles, não é criação arbitrária, fruto de qualquer voluté monentanée et capricieuse (De L’esprit de Lois, cit., Livro II, cap. 4). É a descoberta do justo pela razão dos representantes, pelo que, conseqüentemente, ‘a lei não tem o direito de vedar senão as ações prejudiciais à sociedade’(Declaração de 1789, art. 5º, primeira parte(cf. nosso ‘Do processo legislativo’, nº

do ordenamento jurídico. Encontram-se insitos, implícitos no sistema, permeando as diversas normas regeadoras de determinada matéria. O só fato de um princípio não figurar no texto constitucional, não significa que nunca teve relevância de princípio. A circunstância de, no texto constitucional anterior, não figurar o princípio da moralidade não significa que o administrador poderia agir de forma imoral ou amoral. Como ensina Jesus Gonzáles Perez ‘el hecho de su consagración en una norma legal no supone que con anterioridad no existiera, ni que por tal consagración legislativa haya perdido tal carácter’ (El principio de buena fe en el derecho administrativo. Madri, 1983, p. 15). Os princípios gerais de direito existem por força própria, independentemente de figurarem em texto legislativo. E o fato de passarem a figurar em texto constitucional ou legal não lhes retira o caráter de princípio. O agente público não só tem que ser honesto e probo, mas tem que mostrar que possui tal qualidade. Como a mulher de César”. (STF, RE 160.381/SP, 2.ª T., v.u., rel. Min. Marco Aurélio, RTJ 153/1030).

17 Efeitos da Coisa Julgada e os Princípios Constitucionais - texto básico da palestra proferida no dia 20 dezembro de 2.000 no I Simpósio de Direito Público da Advocacia-Geral da União-5ª Região-Fortaleza-CE, promovido pelo Centro de Estudos Victor Nunes Leal, p. 2-3.

32). (Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Comentários à Constituição Brasileira de 1988, v. 1, Saraiva, 1990, p. 28-29).

Surge, em razão do acima afirmado, a concepção de que as leis, ao serem aplicadas pelo Poder Judiciário, estão diretamente vinculadas aos princípios da moralidade e da legalidade, só desenvolvendo-se validamente, isso é, só existindo e tornando-se válido, eficaz e efetivo quando não expressarem abusos e não ultrapassarem os limites por eles impostos.

Exige-se, assim, que o Poder Judiciário, instituição responsável pela aplicação coercitiva do direito, esteja mais assujeitado ao cumprimento da moralidade do que o Executivo e o Legislativo, por lhe caber defender, como Poder Estatal, o rigorismo ético nos padrões de sua própria conduta e dos seus jurisdicionados.

O decisum emitido pelo Poder Judiciário deve exprimir confiança, prática da lealdade, da boa-fé e, especialmente, configuração de moralidade.

Essa expressão de moralidade é reflexo dos sonhos democráticos que o povo deposita no exercício do poder e na legitimidade da atividade jurisdicional.

[...]

A supremacia do princípio da moralidade exige que o Estado, por qualquer um dos seus três poderes, atue de modo subordinado às suas regras e seja condutor dos valores a serem cumpridos pela organização social.

No particular, a decisão judicial, expressão maior de atuação do Poder Judiciário, deve expressar compatibilidade com a realidade das coisas e dos fatos naturais, harmonizando-se com os ditames constitucionais e ser escrava obediente da moralidade e da legalidade.

[...]

A moralidade está ínsita em cada regra posta na Constituição e em qualquer mensagem de cunho ordinário ou regulamentar. Ela é comando com força maior e de cunho imperativo, reinando de modo absoluto sobre qualquer outro princípio, até mesmo sobre o da coisa

julgada. A moralidade é da essência do direito. A sua violação, quer pelo Estado, que pelo cidadão, não gera qualquer tipo de direito. Este inexistente, por mais perfeito que se apresente no campo formal, se for expresso de modo contrário à moralidade.

No mesmo sentido, Di Pietro¹⁸ assevera que:

a legalidade estrita não se confunde com a moralidade e a honestidade, porque diz respeito ao cumprimento da lei; a legalidade em sentido amplo (o Direito) abrange a moralidade, a probidade e todos os demais princípios e valores consagrados pelo ordenamento jurídico; como princípios, os da moralidade e probidade se confundem; como infração, a improbidade é mais ampla do que a imoralidade, porque a lesão ao princípio da moralidade constitui uma das hipóteses de atos de improbidade definidos em lei.

3.2 CONCEITO DE IMPROBIDADE.

Existe uma dificuldade em se conceituar improbidade. Ensina-nos Garcia e Alves¹⁹ que:

ainda merece breve consideração a postura daqueles que, no afã de inovar, baralham conceitos e, de forma arbitrária, buscam construir um conceito “seletivo” de improbidade, sempre circundado por um número tal de exceções que dificulta individualização da própria regra geral proposta.

A probidade administrativa relaciona-se com o dever de honestidade imposto a todo aquele que gere assuntos e negócios públicos. Para Pazzaglini Filho²⁰, ato de improbidade administrativa é:

[...] desde a forma mais grave de alcance de vantagens patrimoniais ilícitas as expensas do Erário (parcela do patrimônio público que tem conteúdo econômico-financeiro, isto é, bens e direitos de valor econômico), ao exercício nocivo ou ineficiente das funções públicas, causando efetiva lesão ao Erário, e à atuação do agente público que atenta contra os princípios constitucionais.

18 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*, 17. ed. São Paulo: Atlas, p. 697, 2004.

19 GARCIA, Emerson e ALVES Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*, 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 48, 2008.

20 PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Crimes de Responsabilidade Fiscal: Atos de Improbidade Administrativa por violação da LRF*. São Paulo: Atlas, p. 43-44, 2001.

Segundo Kiyoshi Harada²¹:

O conceito de improbidade é bem mais amplo. É o contrário de probidade, que vem do latim *probitas*, cujo radical *probus* significa crescer reto. No sentido moral significa qualidade de probo, integridade de caráter, honradez. Logo, improbidade é o mesmo que desonestidade, mau caráter, falta de pundonor, ato contrário à moral. Entretanto, em termos de direito positivo, conforme se pode verificar do texto constitucional e dos dispositivos da lei específica adiante mencionados, moralidade não se confunde com probidade. Há entre elas relação de gênero para a espécie. A primeira compreende o conjunto de valores inerentes à criatura humana que devem reger, em geral, a vida em sociedade. A segunda pressupõe essa retidão de conduta no desempenho de uma atribuição determinada, mas com zelo e competência. Por isso, improbidade administrativa pode significar má qualidade de uma administração não envolvendo, necessariamente, falta de honradez no trato da coisa pública. Aliás, improbidade vem do latim *improbitas*, que significa má qualidade de determinada coisa. Não é por outra razão que a Constituição impõe a observância do princípio da eficiência no serviço público, isto é, diligência funcional do agente público para atingir o resultado máximo com o mínimo de tempo despendido. Assim, improbidade administrativa é gênero de que é espécie a moralidade administrativa.

Do exposto, podemos conceituar o ato de improbidade administrativa não só como aquele praticado por agente público, contrário às normas da moral, à lei e aos bons costumes, ou seja, aquele ato que indica falta de honradez e de retidão de conduta no modo de proceder perante a Administração Pública direta, indireta ou fundacional, nas três esferas políticas, como também aquele ato timbrado pela má qualidade administrativa.

Para Silva²²:

A probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial pela Constituição, que pune o ímprobo com a suspensão de direitos políticos (art. 37, § 4º). A probidade administrativa consiste no dever de o 'funcionário

21 Publicado na RIASP 6/102 e disponível em: <<http://www.revistasrtonline.com.br/portalar/t/template.htm?view=main>>.

22 SILVA, op. cit., p. 653.

servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queria favorecer'. Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada. A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem.

Nessa mesma linha o Superior Tribunal de Justiça²³ averba:

É cediço que a má-fé é premissa do ato ilegal e ímprobo.

Consectariamente, a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-fé do administrador. A improbidade administrativa, mais que um ato ilegal, deve traduzir, necessariamente, a falta de boa-fé, a desonestidade, o que não restou comprovado nos autos pelas informações disponíveis no acórdão recorrido, calçadas, inclusive, nas conclusões da Comissão de Inquérito.

3.3 AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

A superada teoria imanentista da ação nos legou o mau hábito de identificar o procedimento com a ação, daí decorrendo a nomenclatura ação de improbidade administrativa ao procedimento estatuído pela Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, cujo objetivo principal foi preencher as lacunas existentes no ordenamento jurídico brasileiro acerca das condutas que poderiam ser tipificadas dentro do conceito de improbidade administrativa, estabelecendo as sanções e o procedimento que deverá ser seguido.

Controvérsia que nos parece interessante frisar remete ao tratamento, a nosso ver incorreto, dado à ação de improbidade administrativa como mera modalidade de ação civil pública. Nesse ponto, alinhamo-nos ao pensamento de Arnold Wald²⁴:

Tem sido uma prática comum, tanto do Ministério Público quanto do Poder Judiciário, o tratamento desta ação de improbidade

²³ Recurso Especial nº 480.387/SP – 1ª Turma – Rel.: Min. Luiz Fux – DJU 16-3-2004, p.163.

²⁴ WALD, Arnoldo; e FONSECA, Rodrigo Garcia da. Ação de Improbidade Administrativa. Disponível em: <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2002/arti_arnold_rodrigo.pdf>. Acesso em 15/04/2010.

administrativa meramente como uma nova modalidade de ação civil pública, frequentemente chamando-a de ‘ação civil pública de improbidade administrativa’. Trata-se, a nosso ver, de prática de pouca técnica jurídica, pois a ação de improbidade administrativa tem natureza, contornos e regramento próprios, não se confundindo com aqueles específicos das ações civis públicas em geral. O fato de a ação ser civil (em oposição a uma ação penal), ou ser pública, num linguajar leigo (no sentido de proteger o patrimônio público, ou da legitimidade do Ministério Público para propô-la), não faz da ação de improbidade administrativa uma ação civil pública no senso jurídico do termo. A importância do assunto fez o legislador editar normas específicas, e é dentro deste regramento especial que o tema deve ser tratado, de forma a serem devidamente garantidos e preservados os interesses maiores de uma sociedade justa, democrática e moralmente sadia.

[...] Como se sabe, a Lei nº 7.437/85 se destina à defesa do meio ambiente, do consumidor, dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, dos direitos difusos e coletivos e da ordem econômica (artigo 1º). A Lei da Ação Civil Pública, portanto, não trata especificamente de improbidade administrativa, que é justamente o foco único da Lei nº 8.429/92. Assim, deve ser reconhecido que, pela regra da especialidade, a Lei nº 7.437/85 não se aplica aos casos em que se alega improbidade administrativa e/ou se pede a cominação das penas previstas na Lei nº 8.429/92.

Ainda que se entenda estar a probidade administrativa incluída dentre os direitos difusos e coletivos da sociedade, por ser a moralidade um princípio básico e genérico da Administração Pública, consagrado expressamente no artigo 37 da Constituição Federal, é preciso reconhecer que a Lei nº 8.429/92 é posterior, e regulou inteiramente a matéria. Neste diapasão, afastou por completo a incidência da Lei nº 7.437/85 nesta seara, consoante a regra do § 1º do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Do mesmo sentir é Pazzagliani Filho²⁵:

Parece-me menos adequada a denominação *ação civil pública*, pois tradicionalmente designa ação, disciplinada pela Lei nº 7.347/85, de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente; ao consumidor; a bens e direitos de valor artístico; histórico; turístico e paisagístico; a qualquer outro interesse difuso

25 PAZZAGLINI FILHO, op. cit., p. 197.

ou coletivo (v.g., defesa das pessoas portadoras de deficiência, das crianças e adolescentes, dos investidores no mercado de valores mobiliários); e por infração da ordem econômica e da economia popular, enquanto a tutela do interesse difuso da probidade administrativa é regida pela LIA, que apresenta procedimento especial e objeto diverso daquela.

Todos os atos administrativos, judiciais ou políticos praticados pelos sujeitos ativos, podem ser abarcados pelo espectro da improbidade, muito embora haja quem defenda que:

“a lei atinge apenas os atos de natureza administrativa, pelo que não estão sob sua incidência os atos legislativos e jurisdicionais típicos. Assim, o parlamentar que recebe propina para votar desta ou daquela forma, e o juiz que, subornado, profere sentença em favor da parte com quem negociou, não praticam atos de improbidade administrativa, conquanto possam sofrer sanções penais, civis, políticas (no caso do parlamentar) e administrativa (no caso do Magistrado).”²⁶

Os sujeitos passivos da improbidade administrativa estão indicados no art. 1º da Lei nº 8.429, de 1992, e são: a Administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Territórios, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, como também, por força de seu parágrafo único, entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público, bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual.

Enfim, onde houver um único centavo de dinheiro público terá incidência a Lei de Improbidade Administrativa, independentemente da natureza da entidade. Tampouco este normativo se restringe ao Poder Executivo, pois tanto o Poder Legislativo, quanto o Judiciário, ainda que no exercício de suas atribuições peculiares, estão submetidos aos ditames da probidade.

Os sujeitos ativos da improbidade administrativa são os agentes públicos e os terceiros, estes quando induzem ou concorrem para a prática

26 MELLO, Cláudio Ari. Improbidade administrativa - considerações sobre a Lei 8.429/92, *Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul*, n. 36. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 173, 1995.

do ato de improbidade administrativa ou dele se beneficie, sob qualquer forma (art. 2º e 3º da lei).

Os artigos 9º, 10 e 11 elencam as condutas contrárias à probidade, e o art. 12 estabelece as sanções²⁷, indicando, ainda, como se deve viabilizar a reparação do dano sofrido pela Fazenda Pública (art. 18). O procedimento administrativo vem estatuído nos artigos 14 a 16 e 22 e o crime de denúncia caluniosa está tipificado no art. 19, bem como as disposições sobre a ação civil estão contidas nos artigos 16, 17, 20, 21 e 23.

3.3.1 SANÇÕES DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA:

Com espeque no § 4º do art. 37 da Constituição Federal, as sanções do art. 12 dependem do ato ímprobo praticado, e consistem em: 1) perda de bens ou valores de origem ilícita; 2) ressarcimento integral do dano; 3) perda da função pública; 4) suspensão dos direitos políticos; 5) multa civil e; 6) proibição de contratar ou receber incentivos do Poder Público.

A polêmica acerca da natureza penal da Lei de Improbidade Administrativa pode ser rebatida através da constatação de que tanto o caput do art. 12 da Lei nº 8.429/92, quanto o § 4º do art. 37 da CF/1988, estabelecem que suas prescrições punitivas independem do que for apurado na esfera penal.

Importante salientar que a Lei de Improbidade Administrativa, e, por consequência, suas sanções, não se aplicam aos agentes políticos, posto que se submetem a um regime de responsabilidade especial. Nesse sentido decidiu o Supremo Tribunal Federal na Reclamação nº 2.138-6/DF, Relator Ministro Nelson Jobim, cujo acórdão tem a seguinte ementa:

EMENTA: RECLAMAÇÃO. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CRIME DE RESPONSABILIDADE. AGENTES POLÍTICOS. I. PRELIMINARES. QUESTÕES DE ORDEM

II. MÉRITO

[...]

27 A Lei nº 12.120, de 15 de dezembro de 2009, alterou o art. 12 da LIA para espancar qualquer dúvida acerca da cumulatividade das sanções penais, civis e administrativas.

II.2. Distinção entre os regimes de responsabilização político-administrativa. O sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos. A Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4º (regulado pela Lei nº 8.429/1992) e o regime fixado no art. 102, I, “c”, (disciplinado pela Lei nº 1.079/1950). Se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, § 4º) pudesse abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilização especial, ter-se-ia uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, “c”, da Constituição.

II.3. Regime Especial. Ministros de Estado. Os Ministros de Estado, por estarem por normas especiais de responsabilidade (CF, art. 102, I, “c”; Lei nº 1.079/1950), não se submetem ao modelo de competência previsto no regime comum da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992).

Salvo melhor juízo, a decisão do STF trocou o profissionalismo de instituições como o Ministério Público ou a própria pessoa jurídica interessada por um processo iniciado, via de regra, pelo cidadão. Além do mais, a inaplicabilidade da Lei nº 8.429/92 aos agentes políticos implica na inibição da atuação do Poder Judiciário, em oposição ao princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição.

a) DA SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS:

Segundo Moraes²⁸:

Direitos políticos são o conjunto de regras que disciplinam as formas de atuação da soberania popular, conforme preleciona o caput do art. 14 da Constituição Federal. São direitos públicos subjetivos que investem o indivíduo no status *activae civitatis*, permitindo-lhe o exercício concreto da liberdade de participação nos negócios políticos do Estado, de maneira a conferir os atributos da cidadania.

A cassação dos direitos políticos é vedada pela CF/88 (art. 15), mas, dentre as hipóteses de suspensão encontra-se a improbidade administrativa (inc. III). Daí porque o art. 37, § 4.º, da CF/88 estabelece

28 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 22. ed. São Paulo: Atlas, p. 217, 2007.

que a improbidade administrativa gera a suspensão dos direitos políticos na forma e gradação previstas em lei²⁹.

O art. 12 da Lei nº 8.429/92 gradua o prazo de suspensão dos direitos políticos, a depender do enquadramento do ato ímprobo, sendo de: oito a dez anos para as hipóteses do art. 9º; de cinco a oito anos para as hipóteses do art. 10, e; três a cinco anos para os atos tipificados no art. 11.

Questão que se apresenta relevante para o nosso trabalho diz respeito à necessidade do trânsito em julgado da sentença para que efetivamente ocorra a suspensão dos direitos políticos (e também a perda da função pública). Assim, diz o art. 20 da LIA: *A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória.*

Enfim, ainda que o agente público seja flagrado recebendo propina, filmadas e divulgadas em rede nacional as imagens da corrupção, somente após todo um longo e demorado processo judicial, repleto de recursos, aliado à morosidade do Poder Judiciário, é que poderá o infrator perder o cargo e ter suspensos seus direitos políticos³⁰.

Para se verificar o quão esdrúxula é a exigência do trânsito em julgado, basta lembrar que não raras vezes o corrupto haverá cumprido integralmente o seu mandato, tornando letra morta a lei.

Os que defendem a necessidade de a sentença transitar em julgado argumentam que o princípio da separação dos poderes não permite que o juiz, em cognição não exauriente, afaste do cargo um representante eleito pelo povo, este sim, o verdadeiro detentor do poder soberano.

Há de se ponderar, contudo, que a soberania popular não se coaduna com a ilegalidade, com a imoralidade ou com a improbidade

29 A alínea h do inc. I do art. 1.º da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990 dispõe sobre uma hipótese de inexistência por ato de improbidade administrativa: "os detentores de cargo na administração pública direta, indireta ou fundacional, que beneficiarem a si ou a terceiros, pelo abuso do poder econômico ou político apurado em processo, com sentença transitada em julgado, para as eleições que se realizarem nos 3 (três) anos seguintes ao término do seu mandato ou do período de sua permanência no cargo".

30 Assim também ocorre para o afastamento temporário do agente ímprobo, a qual somente ocorre para o bem da instrução processual. Correto seria que ao menor indício de ato de improbidade, fosse o acusado afastado liminarmente de suas funções, para que não continuassem sob suspeita seus atos conseguintes.

e, ao se candidatar a um cargo público, o cidadão assume um inafastável compromisso de conduta ética.

b) **RESSARCIMENTO INTEGRAL DO DANO E PERDA DOS BENS HAVIDOS ILICITAMENTE:**

Quando o agente público houver praticado ato de improbidade administrativa que importe em enriquecimento ilícito ou cause prejuízo ao erário, deverá ressarcir-lo integralmente e perderá todos os bens ilicitamente adquiridos.

A perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente não constitui propriamente uma sanção, pois decorre da vedação do enriquecimento ilícito. O Código Civil trata da matéria no art. 884 ao dispor que “aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”. Essa obrigatoriedade consta, inclusive, no art. 6º da própria Lei de Improbidade³¹.

Acaso o dano tenha sido causado por mais de um agente público, ou por este em conluio com terceiro, haverá solidariedade entre ambos no ressarcimento integral do dano, em atenção ao que preceitua o art. 942 do Código Civil.

O ressarcimento deve abarcar não só o prejuízo material, mas também o moral, haja vista que a possibilidade de dano moral à pessoa jurídica tem encontrado cada vez mais guarida na doutrina e na jurisprudência, motivo pelo qual entendemos ser possível que a pessoa jurídica de direito público que tenha sofrido o ato de improbidade possa pleitear reparação pelo dano a sua imagem³².

c) **MULTA CIVIL**

Essa multa tem caráter punitivo e não indenizatório, e tem por objetivo desestimular a prática do ilícito, estendendo-se para qualquer das três modalidades de ato de improbidade administrativa previstas nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei n.º 8.429/92.

31 No caso de enriquecimento ilícito, perderá o agente público ou terceiro beneficiário os bens ou valores acrescidos ao seu patrimônio.

32 O Min. Néri da Silveira, quando do julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 244.072-7 – SP, ressaltou que “não há que se considerar, portanto, que o art. 5º, V e X, da CF, este no que concerne ao direito à imagem, não sejam invocáveis, em favor de pessoa jurídica, para a reparação do dano moral, dentro da visão ampla atribuída ao conceito de honra, no âmbito das disposições constitucionais referidas e acima especificadas na direção do acórdão recorrido”.

Lembra Garcia e Alves³³ que “ante a impossibilidade de conversão da multa civil em sanção de natureza diversa, constata-se a importância das medidas preliminares que visem identificar e apreender os bens do ímprobo”.

d) PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA

Essa sanção é aplicável não somente a quem exerça uma função, mas a todos aqueles que, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, exerça mandato, cargo, emprego ou função (art. 2º da Lei).

Importante frisar que o agente perde a função (ou cargo) que estiver exercendo no presente, ainda que o ato ímprobo tenha sido praticado anteriormente, quando ocupante de outro cargo público.

Observe-se que o agente perderá tantos cargos quanto ocupe (nas hipóteses de cumulação admitidas pela Constituição), pois a lei não faz referência a esta ou aquela função. A boa hermenêutica ensina que toda vez que a letra da lei subjugar o seu espírito, deve o interprete se basear por este, fazendo incidir a norma sobre os casos aparentemente não abarcados.

Saliente-se que muito embora não o diga a Lei de Improbidade Administrativa, o condenado não poderá retornar ao serviço público, conforme preceitua o Estatuto dos Servidores Públicos Cíveis da União (Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990):

Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos:

[...]

IV - improbidade administrativa;

Art. 137. (*OMISSIS*)

Parágrafo único. Não poderá retornar ao serviço público federal o servidor que for demitido ou destituído do cargo em comissão por infringência do art. 132, incisos I, IV, VIII, X e XI.

33 GARCIA e ALVES, op. cit., p. 470.

Observe-se que a condenação por ato de improbidade administrativa produz uma verdadeira declaração de carência de aptidão moral para exercer QUALQUER cargo ou função pública em QUALQUER unidade da Federação, haja vista que a moralidade é uma, conforme apontado pelo Supremo Tribunal Federal:

O princípio da moralidade administrativa — enquanto valor constitucional revestido de caráter ético-jurídico — condiciona a legitimidade e a validade dos atos estatais. A atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa. Esse postulado fundamental, que rege a atuação do Poder Público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos sobre os quais se funda a ordem positiva do Estado³⁴.

e) **PROIBIÇÃO DE CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DE LARECEBER BENEFÍCIOS, INCENTIVOS OU SUBVENÇÕES, FISCAIS OU CREDITÍCIAS.**

Essa é outra sanção que é cominada nos três incisos do art. 12 da LIA. Deve-se entender a expressão “Poder Público” como abrangente de toda a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como de sua administração indireta, e não somente o sujeito passivo do ato de improbidade.

Essas medidas punitivas administrativas devem constar expressa e motivadamente graduadas na sentença que julgar procedente a ação civil por improbidade administrativa, e sua extensão extrapola o âmbito do ente lesionado, estendendo-se a todos os entes da Federação, seus Poderes e seus organismos da administração direta e indireta³⁵.

4. COISA JULGADA NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

4.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.

A Lei nº 8.429/92, conforme visto, tem natureza, contornos e regramento próprios sobre direito material e direito processual, além de regular seu próprio procedimento. Contudo, não há qualquer

34 ADI MC nº 2661-5, 2002. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

35 PAZZAGLINI FILHO, op. cit., p. 152.

linha escrita sobre qual regime da coisa julgada deve incidir – se o estabelecido no Código de Processo Civil ou aquele aplicado para as demandas coletivas.

A doutrina pacificamente aceita o caráter coletivo da pretensão veiculada por meio da ação de improbidade administrativa. Porém, a utilização do microsistema do processo coletivo no que concerne à coisa julgada na ação de improbidade administrativa não tem uma aceitação tão mansa.

4.2 PROBIDADE, PATRIMÔNIO PÚBLICO E INTERESSE DIFUSO.

Inicialmente, há de se pontuar que a Lei de Improbidade Administrativa visa ao resguardo do patrimônio público e que esse é um interesse difuso, em face do que dispõe o inciso III do art. 129 da Constituição Federal.

Ao averbar que é função institucional do Ministério Público promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do **patrimônio público** e social, do meio ambiente e de **outros interesses difusos e coletivos**, fica óbvio que a Lei Maior considera que o patrimônio público tem a natureza de bem difuso.

Nesse sentido, o patrimônio público deve ser entendido como o conjunto dos bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico (§ 1º do art. 1º da Lei nº 4.717, de 29 de Junho de 1965), ou ainda de caráter ambiental. De acordo com Mazzilli³⁶:

A defesa da probidade administrativa não envolve interesse transindividual (de grupo, classes ou categorias de pessoas), mas sim interesse público primário (bem geral da coletividade). Está o Ministério Público legitimado à defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa, especialmente por meio da propositura da ação civil pública.

A Lei n. 8.429/92, também conhecida como *Lei de Improbidade Administrativa* (LIA), sanciona, em seu art. 1º, os atos de qualquer agente público, servidor ou não, que atentem contra a Administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja

36 MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos Interesses difusos em juízo*, 21. ed São Paulo: Saraiva, p. 191, 2008.

criação ou custeio ao erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual.

Bueno e Porto Filho³⁷ apontam que a improbidade administrativa, por agredir o patrimônio público, merece a proteção coletiva:

Nesse contexto é que surge a Lei de Improbidade Administrativa, outorgando legitimidade ao Ministério Público e às pessoas jurídicas interessadas (que tenham tido o patrimônio público lesado) para a propositura de ação civil, pelo rito ordinário, que tem por finalidade obter: *reparação do dano ao erário e/ou decretar a perda dos bens havidos ilicitamente e/ou perda da função pública e/ou suspensão dos direitos políticos.*

Disso conclui-se que se trata de uma ação civil (expressamente dito pelo legislador) proposta por um ente coletivo (Ministério Público ou pessoa jurídica de direito público interessada) para proteger a coisa pública (bens de uso comum do povo – bens difusos – e bens dominicais pertencentes aos entes públicos). Logo, cuida de uma *ação coletiva*, assim entendida aquela que é proposta por ente coletivo para tutela de interesse ou direito igualmente coletivo.

Entendimento diverso é esposado pela professora Susana Henriques da Costa³⁸ ao afirmar que:

Primeiramente, cabe lembrar que a demanda de improbidade tutela interesses gerais da sociedade, quais sejam, o erário e a probidade administrativa. Em nenhum momento será veiculado, por via dessa espécie de demanda, algum interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo da sociedade.

Os interesses gerais, como visto no início desse capítulo, apesar de possuírem a nota da metaindividualidade, não trazem qualquer benefício ou prejuízo direto e de fruição imediata aos membros da comunidade a que pertencem. A sentença de procedência da demanda de improbidade, nesse sentido, não atinge diretamente a esfera de direitos de nenhum terceiro, alheio ao processo. Assim,

37 BUENO, Cassio Scarpinella e PORTO FILHO, Pedro Paulo Rezende (Org.). *Improbidade Administrativa. Questões Polêmicas e atuais*, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 221.

38 COSTA, Susana Henriques da. *O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa: ação de improbidade administrativa, ação civil pública e ação popular*, São Paulo: Quartier Latin, p. 305, 2009.

como não há a incidência de efeitos da sentença sobre terceiros, não há necessidade da extensão subjetiva dos limites da coisa julgada.

Os terceiros estão sujeitos à tradicional eficácia da sentença que, como ato estatal, a todos subordina. Contudo, a autoridade da coisa julgada somente dirá respeito às partes e qualquer pessoa alheia ao processo poderá vir a rediscutir a matéria nele decidida. Nesse sentido, andou bem o legislador ao não disciplinar de forma diferente os limites da coisa julgada nas ações de improbidade, pois não há efeitos diretos da sentença sobre a esfera jurídica de terceiros a serem imunizados pela extensão *erga omnes* da sua autoridade³⁹.

Ousamos discordar da professora Susana Henriques da Costa. Mesmo classificando o patrimônio público como um interesse geral, gênero do interesse público, diverso dos interesses difusos ou coletivos, a realidade é que a defesa de um interesse geral também implica em um benefício/prejuízo por parte dos membros da coletividade.

Argumenta a autora que a polícia, ao prender uma quadrilha de seqüestradores, somente beneficia o refém mantido em cativeiro, e que mais nenhum outro membro da coletividade é diretamente beneficiado pela conduta estatal, em que pese o fato de o interesse geral à segurança pública ser satisfeito.

Somos de opinião contrária. Tanto a permanência em determinado município de uma fábrica poluidora da nascente de um rio prejudica diretamente a todos aqueles que se abasteçam de suas águas, quanto a atuação de uma corja de bandidos nesse mesmo município prejudica diretamente a todos aqueles que necessitam transitar pelas ruas desta municipalidade. Não é o fato de existir apenas uma pessoa concretamente ofendida (um único refém) que outras não possam ser atingidas.

Se a segurança pública é um interesse geral, a saúde pública também o é; então, como é possível defender que a interdição da fábrica atende a um interesse difuso e a prisão da quadrilha atende a um interesse geral?

39 Sobrane rebate esse pensamento com a seguinte proposição: A mesma situação ocorre com a autoridade da coisa julgada que se forma em ação civil pública cujo objeto é o reflorestamento de determinada área. Forma-se *erga omnes*, beneficiando a todos os membros da coletividade, embora possa não repercutir diretamente na esfera dos interesses individuais dos componentes do corpo social, os quais, mesmo assim, são beneficiados indiretamente com a repercussão ambiental. (SOBRANE, Sérgio Turra. Improbidade Administrativa: Aspectos Materiais, Dimensão Difusa e Coisa Julgada, São Paulo: Atlas, 2010, p. 260).

Outrossim, a doutrina maciçamente classifica a probidade administrativa como interesse ou direito difuso. Nesse sentido Sobrane⁴⁰:

O princípio da probidade administrativa ostenta natureza difusa, já que compreende o conjunto de valores legais, morais e éticos que o ordenamento exige de todo e qualquer agente público, sendo de interesse de toda sociedade, cuja ofensa atinge a todos os cidadãos indeterminadamente e possui objeto incindível. [...]

Esses elementos são suficientes para classificar a *probidade administrativa* como interesse ou direito difuso que, se violado, deverá ser restabelecido por meio da declaração de invalidade do ato ímprobo praticado (se o caso) e da aplicação das sanções cominadas pela Lei de Improbidade Administrativa, incluída a reparação do dano ao Erário, expressão econômica do patrimônio público que deve ser preservado em prol de toda a coletividade.

Por conseguinte, a demanda que veicula tais pretensões possui natureza coletiva, como afirmado majoritariamente pela doutrina, o que exsurge não só pela pretensão consubstanciada pela causa de pedir e pelo pedido, mas também pela natureza do próprio direito material, conforme visão de José Roberto dos Santos Bedaque. Essa constatação, por si só, leva à conclusão inarredável de que à *ação de improbidade administrativa* devem ser aplicadas as regras do microsistema do processo coletivo.

Portanto, naquilo em que a Lei de Improbidade Administrativa não regulou em termos processuais ou procedimentais, incidem os comandos normativos do microsistema do processo coletivo, formado pela conjugação dos preceitos da Lei da Ação Popular; da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor e, apenas de forma subsidiária, serão acionadas as regras comuns do processo civil individual.

4.3 REGIME DA COISA JULGADA APLICÁVEL À AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

Contextualizada a ação de improbidade como uma espécie de ação coletiva⁴¹, configura-se plenamente aplicável o Código de Defesa

40 SOBRANE, op. cit., p. 255.

41 Conforme exposto pelo Superior Tribunal de Justiça: Ação de improbidade administrativa é ação com assento constitucional (art. 37, § 4º) destinada a tutelar interesses superiores da comunidade e da

do Consumidor e o art. 16 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985⁴², pelos motivos elencados por Garcia e Alves⁴³:

E o art. 16 em comento é aplicável ao campo da ação civil por improbidade administrativa: a) uma, em razão da natureza difusa da tutela do patrimônio público (art. 129, III, da Constituição Federal), premissa fundamental à incidência da “técnica de tutela processual” concebida pela Lei nº 7.347/85; b) a duas, em razão da inexistência de qualquer disciplina a esse respeito na Lei nº 8.429/92, o que chama a incidência supletiva das regras da Lei da Ação Civil Pública e da própria Lei da Ação Popular; c) a três, em razão da conveniência da adoção da técnica da coisa julgada *secundum eventus litis e in utilibus*, única capaz de potencializar a tutela do patrimônio público, evitando que demandas intencionalmente mal propostas pelos substitutos processuais acabem por aviltar os escopos perseguidos pelo legislador constituinte e pela própria Lei nº 8.429/92.

Calha, então, ventilar as implicações que a aplicação do regime da coisa julgada coletiva revela nos caso procedência ou improcedência, com ou sem insuficiência de provas, do pedido.

4.3.1 PROCEDÊNCIA DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

A sentença de procedência na ação de improbidade administrativa fará coisa julgada *erga omnes*, indicando-se que a autoridade da coisa julgada atinge todos os membros da coletividade, indistintamente, apenas para beneficiá-los.

Nesse caso, a extensão subjetiva da coisa julgada atinge o Ministério Público e a pessoa jurídica interessada, ainda que essa não tenha integrado a relação processual, impedindo que se renove a demanda pelos mesmos fundamentos.

cidadania. Embora com elas não se confunda, assemelha-se, sob esse aspecto finalístico, à ação popular (CF, art. 5º, LXXIII, e Lei nº 4.717/65), à ação civil pública destinada a tutelar o patrimônio público e social (CF, art. 129, III, e Lei nº 7.347/85, art. 1º) e, em face do seu caráter repressivo, à própria ação penal pública. (STJ, REsp. nº 577.804-RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Repro 146/215).

42 Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

43 GARCIAL E ALVES, op. cit., p. 798.

Observe-se, contudo, o § 2º do art. 17 da LIA, que permite que a Fazenda Pública promova as ações necessárias à complementação do ressarcimento do patrimônio público.

Dessa forma, havendo a demonstração de que houve um dano suportado pela pessoa jurídica, mas que a condenação foi inferior ao *quantum* efetivamente suportado pela Fazenda Pública, essa pode valer-se do julgado para complementação do ressarcimento, ainda que tenha sido a própria Fazenda parte na demanda.

Delineia-se, nesse caso, a coisa julgada *secundum eventum probationis*, conforme ensina Sobrane⁴⁴:

Por conseguinte, quando a própria Fazenda Pública integrou a relação processual e, mesmo assim, o ressarcimento foi inferior ao que depois foi apurado, delinea-se a formação de coisa julgada *secundum eventum probationis*, ou seja, evidenciados novos elementos probatórios não considerados na ação de improbidade administrativa que permitam a aferição de prejuízo maior, estará a Fazenda Pública legitimada a promover a ação necessária à complementação do ressarcimento, sem necessidade, também nesse caso, de discussão a respeito da obrigação de indenizar, que já foi objeto de cognição exauriente na ação de improbidade administrativa.

4.3.2 IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

A improcedência pode ocorrer com exaurimento de cognição se, sendo julgado o mérito, todo o conteúdo probatório for avaliado; ou, ainda, por insuficiência de provas.

No caso de improcedência com exaurimento de cognição, a coisa julgada vinculará todos os legitimados, muito embora não cause qualquer prejuízo aos eventuais interessados, conforme o § 1º do art. 103 do Código de Defesa do Consumidor.

No caso de improcedência por insuficiência de provas não haverá a formação da coisa julgada e os legitimados de posse de nova prova poderão propor nova demanda. Sobrane⁴⁵ elenca as seguintes possibilidades que podem gerar a necessidade de nova prova:

⁴⁴ SOBRANE, op. cit., p. 260.

⁴⁵ SOBRANE, op. cit., p. 262.

- a) A existência da conduta ímproba;
- b) À autoria do ato de improbidade administrativa;
- c) O concurso ou participação do agente público ou de quem com ele praticou o ato impugnado;
- d) O elemento subjetivo necessário à caracterização do ato de improbidade;
- e) O nexo causal ou a qualquer outra situação fática que exija demonstração e que, em não sendo feita, acarreta o *non liquet*.

De toda sorte, os efeitos da coisa julgada não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe, e, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução.

4.4 POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS DIVERGENTES SOBRE O REGIME DA COISA JULGADA NA LIA.

Bueno e Porto Filho⁴⁶ defendem que o importante para definir o regime da coisa julgada que deverá ser adotado é saber quem é o titular do direito deduzido em juízo:

Observações semelhantes podem ser feitas a respeito da coisa julgada na ação civil de improbidade administrativa. Num primeiro momento devem ser aplicadas as regras previstas no Código de Processo Civil para a solução das lides individuais, e, uma vez havendo incompatibilidades, de forma subsidiária se deve, então, aplicar o sistema da coisa julgada tal qual descrita no Código de Defesa do Consumidor. O importante, obviamente, é que a coisa julgada reflita diretamente no titular do direito deduzido em juízo. Se a demanda de improbidade envolve prejuízos ocasionados a um banco estadual ou mesmo uma empresa de economia mista estadual, eles é que serão atingidos pela autoridade da coisa julgada. Se, todavia, se tratar de direito difuso, certamente não se poderá dar o mesmo tratamento.

Não é bem assim, pois no processo coletivo adquire relevância a distinção entre parte no sentido processual e parte no sentido material. O titular do direito (parte em sentido material) pode não ser

⁴⁶ BUENO e PORTO FILHO, op. cit., p. 228.

quem o deduza em juízo (parte em sentido processual). O Ministério Público e a pessoa jurídica interessada são os únicos legitimados extraordinariamente pelo art. 17 da LIA, muito embora não sejam eles os titulares do direito.

Garcia e Alves⁴⁷ explicam que:

Também aqui, como já exposto, a hipótese será de legitimação extraordinária, agindo a pessoa jurídica de direito público como substituto processual uma vez que embora defenda interesse próprio na preservação de seu patrimônio atuará, precipuamente, na defesa de um interesse primário (a tutela do erário), do qual é detentora toda a coletividade. Haveria, nessa hipótese, uma substituição processual *sui generis*, na qual o autor pleiteia em nome próprio um direito próprio e também alheio, ao mesmo tempo.

Para Susana Henriques da Costa⁴⁸ na ação de improbidade administrativa aplica-se a regra geral prevista no Código de Processo Civil. Nas suas palavras:

Diante de todo o até aqui exposto, o que se conclui é que, à ação de improbidade administrativa aplica-se a regra geral prevista no Código de Processo Civil. Não há que se falar, nessa espécie de demanda, em ampliação dos limites subjetivos da coisa julgada, sequer de coisa julgada *secundum eventus litis* e *secundum probationem*. Assim, após o esgotamento das vias recursais, a sentença de improbidade fará coisa julgada formal. Caso essa sentença seja de mérito, fará também coisa julgada material, o que implica imutabilidade do quanto decidido, bem como dos efeitos que a decisão vier a projetar para fora do processo. A imunização da sentença e de seus efeitos, por seu turno, independe do resultado do processo e, portanto, incidirá ainda que se trate de improcedência por falta de provas.

Pondera a autora que na ação de improbidade estão em jogo duas espécies de interesses - coletivo e individual - na qual são orquestrados pedidos sancionatórios e de ressarcimento, e que a utilização indiscriminada das técnicas da coisa julgada *secundum eventus litis* e *secundum eventus probationem* pode gerar alguns problemas jurídicos, tal como deixar o indivíduo a mercê da possibilidade de reiteração de demandas que podem vir a afetar sua esfera de liberdades:

47 GARCIA e ALVES, op. cit., p. 619.

48 COSTA, op. cit., p. 308.

A equação, nos casos das ações de improbidade administrativa, é outra. Estão em debate duas espécies de interesses distintos (coletivos x individuais) que, entretanto, possuem em comum o alto grau de importância que lhes é reconhecido pelo ordenamento jurídico como um todo. Não se legitima, portanto, nas ações de improbidade administrativa, a adoção da técnica da coisa julgada *secundum eventum litis* e *secundum eventum probationem*. Concluir de forma diversa é deixar o indivíduo à mercê de possibilidade de reiteração de demandas que possam vir a atentar contra a sua esfera de liberdades. Tal prática se mostra injustificável dentro da noção de Estado de Direito e de limitação do poder estatal em face do indivíduo⁴⁹.

Pensamento antagônico é apontado pelos professores Didier e Zaneti Jr.⁵⁰ no seguinte sentido:

Note, contudo, que o argumento em sentido contrário também é viável, já que a Lei de Improbidade Administrativa faz remissão expressa à Lei de Ação Civil Pública, que, como vimos, tem norma clara quanto a coisa julgada *secundum eventus probationis* (art. 18). Por outro lado, admitimos, por expresse mandamento constitucional, a imprescritibilidade de certos crimes, ou seja, a segurança do indivíduo pode ceder espaço ao valor do interesse público, tudo devidamente sopesado na ponderação constitucional dos princípios antagônicos. A questão ainda não está encerrada.

Didier e Zaneti Jr.⁵¹ levantam a seguinte alternativa:

Muito embora o STF já tenha pacificado que a ação de improbidade administrativa é uma ação de natureza civil, nesse caso, para o fim da aplicação da garantia constitucional do devido processo legal e da segurança jurídica, em função da gravidade das consequências não só na esfera dos direitos subjetivos do indivíduo, mas também no âmbito público (perda do cargo, suspensão dos direitos políticos, proibição de contratar com Poder Público), com relação ao primeiro pedido, a ação de improbidade administrativa merece uma disciplina própria, porquanto o objetivo seja a aplicação de uma sanção civil à prática de um ilícito. Trata-se de demanda com alto teor sancionatório. Em relação a essa parte do objeto litigioso do

49 Ibid., p. 308.

50 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*, Processo Coletivo, vol. 4, 4. ed., Salvador: JusPodivm, p. 364, 2009.

51 Ibid., p. 365.

processo, parece mais adequado, realmente, seguir o regime jurídico da coisa julgada comum: quaisquer decisão de mérito, favorável ou não à pretensão do autor, está apta a tornar-se indiscutível pela coisa julgada material. Realmente, não seria razoável admitir que se pudesse renovar a demanda pela aplicação de sanções ao ato de improbidade, no caso de a primeira demanda haver sido rejeitada por insuficiência de provas.

[...]

Sucedo que, em relação ao capítulo indenizatória (*sic*) do objeto litigioso do processo de improbidade, parece mais adequado aplicar a regra geral do microsistema da tutela coletiva, pois, nesse caso, nada há na ação de improbidade que a distinga de outras ações coletivas ressarcitórias. O pensamento é fortalecido com a regra constitucional que torna imprescritível a pretensão ressarcitória decorrente de atos de improbidade, já examinada no capítulo sobre os aspectos gerais da tutela coletiva, neste volume do *Curso*.

Zavascki⁵² filia-se ao pensamento de Didier. Para ele, a utilização mista da coisa julgada deve ocorrer em função da dupla-face da ação de improbidade administrativa, ou seja, com relação à pretensão repressivo-reparatória (ressarcir ao erário) aplica-se o regime da coisa julgada coletiva, e com relação à pretensão repressivo-punitiva (aplicar sanções) aplica-se o regime da coisa julgada comum. Confira-se:

A semelhança da ação de improbidade administrativa com a ação civil pública e com a ação popular, no que se refere à pretensão de reparar danos causados ao erário determinam, no particular, a aplicação analógica de regras que regulamentam essas ações. É assim, conforme já acentuado, no que diz respeito ao regime da coisa julgada, que será *erga omnes*, mas *secundum eventum litis*, não produzindo tal eficácia se for julgada improcedente por deficiência de prova. [...] Quanto à coisa julgada, o regime aplicável, no que se refere a aplicação de penalidades, é o comum do processo civil: as sentenças terminativas (as que extinguem o processo sem julgar o mérito) operam apenas o feito preclusivo próprio da coisa julgada forma, e as sentenças definitivas (as que apreciam o mérito) assumem a imutabilidade característica da coisa julgada material, prevista no artigo 467 do Código de Processo Civil.

52 ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 103-131, 2006.

Em que pese a autoridade dos citados doutrinadores, somos contrários a esse entendimento, em primeiro lugar porque, retomando as lições do Ministro José Augusto Delgado⁵³, acreditamos ser a moralidade superior a qualquer coisa julgada, devendo esta ser relativizada quando ameaçar tão caro princípio.

A relativização da coisa julgada, muito embora assombre parte considerável da doutrina especializada, é matéria de justiça⁵⁴. Não é possível conviver com inverdades eternas ou contrariar as leis da natureza sob o pálio de que uma criação do espírito humano lhes seja mais valiosa.

Dinamarco⁵⁵ nos concede prestigiosa lição ao concluir que “a ordem constitucional não tolera que se eternizem injustiças a pretexto de não eternizar litígios”. Esse mesmo processualista reconhece que diante de valores constitucionais relevantes, como a moralidade, a coisa julgada não se formará quando essa “força” impedir que a sentença produza seus efeitos substanciais⁵⁶:

A premissa conceitual e sistemática é esta: a impossibilidade jurídica dos efeitos substanciais programados pela sentença impede a formação da coisa julgada material porque essa é uma autoridade incidente sobre efeitos e não pode incidir quando não houver efeito algum que se possa produzir. Passemos agora à busca dos critérios

53 Efeitos da Coisa Julgada e os Princípios Constitucionais - texto básico da palestra proferida no dia 20 dezembro de 2.000 no I Simpósio de Direito Público da Advocacia-Geral da União-5ª Região-Fortaleza-CE, promovido pelo Centro de Estudos Victor Nunes Leal, p. 2-3.

54 Marinoni parece desconhecer essa realidade e afirma que: “As teses da ‘relativização’ não fornecem qualquer resposta para o problema da correção da decisão que substituiria a decisão qualificada pela coisa julgada. Admitir que o Estado-Juiz errou no julgamento que se cristalizou implica em aceitar que o Estado-Juiz pode errar novamente, quando a idéia de ‘relativizar’ a coisa julgada não traria qualquer benefício ou situação de justiça. As soluções apresentadas são por demais simplistas para merecerem guarida, principalmente no atual estágio de desenvolvimento da ciência do Direito e na absoluta ausência de uma fórmula racionalmente justificável que faça prevalecer, em todos os casos, determinada teoria da justiça. Com um apelo quase que sensacionalista, pretende-se fazer crer que os juristas nunca se preocuparam com a justiça das decisões jurisdicionais, ao mesmo tempo em que se procura ocultar que o problema sempre foi alvo de reflexão”. E continua o autor: “A ‘tese da relativização’ contrapõe a coisa julgada material ao valor justiça, mas surpreendentemente não diz o que se entende por ‘justiça’ e sequer busca amparo em uma das modernas contribuições da filosofia do direito sobre o tema. Aparentemente parte de uma noção de justiça como senso comum, capaz de ser descoberto por qualquer cidadão médio (l'uomo della strada), o que a torna imprestável ao seu propósito, por sofrer de evidente inconsistência, nos termos a que se refere CANARIS”. (MARINONI e ARENHART, op. cit., p. 680).

55 DINAMARCO, Cândido Rangel, Relativizar a coisa julgada material, *Revista Forense*, v.97, n.358, p. 32.

56 Disponível em: <<http://www.leonildocorrea.adv.br/curso/dina1.htm>>. Acessado em: 7 de junho de 2010.

para determinar, com utilidade para a tomada de posição em relação ao caso, quais são essas forças capazes de impedir que a sentença produza os efeitos programados. Ponhamos nossas atenções na garantia constitucional da justa indenização e no princípio da moralidade administrativa, que também é constitucionalmente consagrado.

[...]

Ao discorrer sobre a justiça igualitária, corretiva ou sinalagmática, o jurisfilósofo Luís Recaséns Siches põe em destaque o princípio de igualdade inerente a ela e realça particularmente a equivalência entre o que se dá e o que se recebe. Depois, remontando à *aequitas romana*, lembra o *suum cuique tribuere* como imperativo da equidade e da justiça.

Essa comutatividade, sem a qual não há justiça, é reforçada, na ordem constitucional brasileira, pela solene afirmação da moralidade administrativa como valor a ser objeto de muita atenção pelo Estado, por seus governantes, por seus cidadãos e por seus juízes (Const., art. 5º, inc. LXXIII).

Hely Lopes Meirelles, que há muito vinha expondo idéias sobre a moralidade administrativa, mostrou que ela não coincide com a moral comum mas resolve-se na fidelidade às normas inerentes à Administração Pública. Invocando Hauriou, diz que o administrador, “ao atuar, não terá de decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto”. Ele “não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta”.

Depois, a profa. Odete Medauar, procurando sair do vago e do impreciso, mostrou as dificuldades antepostas ao correto entendimento da locução moralidade administrativa e com muita agudeza de espírito veio a propor a contraposição entre moralidade e improbidade, dizendo incisivamente: “a improbidade administrativa tem um sentido forte de conduta que lese o erário público, que importe enriquecimento ilícito ou proveito próprio ou de outrem no exercício de mandato, cargo, função, emprego público”. A prestigiosa professora paulista invoca as disposições com que a Constituição Federal cuida da improbidade administrativa (art. 37, § 4º e art. 85, inc. V) e vai à Lei da Improbidade Administrativa,

que, entre outras disposições, tipifica condutas criminosas de improbidade (lei n. 8.429, de 2.6.92).

É ingenuidade acreditar que os conceitos são imutáveis. A coisa julgada como fruto da cultura humana não é absoluta e não tem a função de tornar os fatos que reconhece como verdadeiros, tampouco perenizar imoralidades. Aceitar como intocável uma realidade, ainda que diante de prova nova irrefutável, é conferir maior importância ao meio do que ao fim.

Mazzilli⁵⁷ dissertando acerca das peculiaridades da coisa julgada coletiva, assevera que, nos casos em que estejam em jogo direitos fundamentais da pessoa ou da humanidade, é necessário que a jurisprudência mitigue ainda mais a coisa julgada:

Entre as peculiaridades da coisa julgada coletiva, a primeira delas está, naturalmente, na extensão da imutabilidade do *decisum* para além das partes formais do processo. Talvez se quisesse questionar a própria constitucionalidade da coisa julgada que se forma em matéria de interesses transindividuais, sem que os titulares do direito material participem diretamente do processo. Essa objeção, porém, não nos pareceria pertinente, se é a própria Constituição que admite por expresso a existência das ações civis públicas, coletivas e ações populares, e até legitima o Ministério Público, alguns entes e algumas entidades para a defesa de interesses difusos e coletivos, como é o caso dos interesses de grupos, classes ou categorias de pessoas; assim, é evidente que a própria lei Maior está a querer que a decisão da lide aproveite a todo o grupo lesado, uma vez que essa extensão é a própria razão de ser das ações de índole coletiva. De sua parte, procurando dar eficácia ao mandamento constitucional, a lei ordinária estendeu a imutabilidade dos efeitos da coisa julgada a todo o grupo de lesados, mas apenas *in utilibus*, ou seja, a extensão da coisa julgada somente ocorrerá quando em benefício de vítimas ou sucessores, mas nunca em prejuízo de lesados individuais que não tenham intervindo no processo coletivo. Quanto ao lesado individual a lei ordinária ao menos assegura a possibilidade de sua participação nas ações coletivas, caso ele requeira a suspensão de seu processo individual; uma vez suspenso o processo individual, abre-se ao lesado a opção de habilitar-se ou não no processo coletivo, mas habilitando-se, ele se sujeitará ao que vier a ser decidido neste feito.

57 MAZZILLI, op. cit., p. 573.

A segunda das peculiaridades da coisa julgada coletiva consiste na própria natureza dos interesses transindividuais, alguns dos quais se inserem na categoria dos direitos fundamentais da humanidade, como é o caso do meio ambiente.

Justamente em razão dessas peculiaridades na defesa dos interesses transindividuais, já vimos que o próprio legislador atenuou o rigor da coisa julgada, ao admitir que a imutabilidade do *decisum* não cobre as improcedências por falta de provas. Entretanto, a nosso ver, a par dessa exceção legal expressa, em alguns outros casos em que envolvam direitos fundamentais da pessoa ou da humanidade, também nos parece imperioso que a jurisprudência mitigue ainda mais a coisa julgada formada quer em processos individuais, quer em processos coletivos.

A coisa julgada não pode fazer reto aquilo que é torto, nem pode tornar branco o que é preto. Tampouco cria laços de sangue onde não há. Seu efeito recai sobre relações jurídicas e não sobre fatos. Diante de prova nova que evidencie uma nova situação fática, não há de se acobertar condutas ímprobas⁵⁸.

58 Infelizmente parece que o Supremo Tribunal Federal ainda perfilha o entendimento da coisa julgada como valor absoluto. Nesse sentido, confira-se recente acórdão da lavra do eminente Ministro Celso de Mello:

EMENTA: COISA JULGADA EM SENTIDO MATERIAL. INDISCUTIBILIDADE, IMUTABILIDADE E COERCIBILIDADE: ATRIBUTOS ESPECIAIS QUE QUALIFICAM OS EFEITOS RESULTANTES DO COMANDO SENTENCIAL. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL QUE AMPARA E PRESERVA A AUTORIDADE DA COISA JULGADA. EXIGÊNCIA DE CERTEZA E DE SEGURANÇA JURÍDICAS. VALORES FUNDAMENTAIS INERENTES AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. EFICÁCIA PRECLUSIVA DA “RES JUDICATA”. “TANTUM JUDICATUM QUANTUM DISPUTATUM VEL DISPUTARI DEBEBAT”. CONSEQÜENTE IMPOSSIBILIDADE DE REDISCUSSÃO DE CONTROVÉRSIA JÁ APRECIADA EM DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO, AINDA QUE PROFERIDA EM CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. A QUESTÃO DO ALCANCE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 741 DO CPC. MAGISTÉRIO DA DOUTRINA. RE CONHECIDO, PORÉM IMPROVIDO. - A sentença de mérito transitada em julgado só pode ser desconstituída mediante ajuizamento de específica ação autônoma de impugnação (ação rescisória) que haja sido proposta na fluência do prazo decadencial previsto em lei, pois, com o exaurimento de referido lapso temporal, estar-se-á diante da coisa soberanamente julgada, insuscetível de ulterior modificação, ainda que o ato sentencial encontre fundamento em legislação que, em momento posterior, tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, quer em RE 594.350 / RS 2 sede de controle abstrato, quer no âmbito de fiscalização incidental de constitucionalidade. - A decisão do Supremo Tribunal Federal que haja declarado inconstitucional determinado diploma legislativo em que se apóie o título judicial, ainda que impregnada de eficácia “ex tunc”, como sucede com os julgamentos proferidos em sede de fiscalização concentrada (RTJ 87/758 – RTJ 164/506-509 – RTJ 201/765), detém-se ante a autoridade da coisa julgada, que traduz, nesse contexto, limite insuperável à força retroativa resultante dos pronunciamentos que emanam, “in abstracto”, da Suprema Corte. Doutrina. Precedentes. (RECURSO EXTRAORDINÁRIO 594.350 RIO GRANDE DO SUL).

O segundo aspecto que nos afasta da posição defendida por Zavascki e Didier sobre a possibilidade de aplicar à pretensão repressivo-reparatória (ressarcir ao erário) o regime da coisa julgada coletiva e aplicar à pretensão repressivo-punitiva (sanções) o regime da coisa julgada comum reside na irrazoabilidade de se considerar apenas em parte a nova prova obtida, fazendo com que ela sirva apenas para “parte” do novo julgamento.

Nesse sentido, imaginemos a hipótese de um agente público ser acusado de fraudar um procedimento licitatório, com o Ministério Público requerendo a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao seu patrimônio, além da suspensão dos direitos políticos. Suponhamos que a sentença declare a improcedência da ação por insuficiência de provas e que, ato seguinte, o MP consiga prova nova robusta de que realmente o agente público fraudou a licitação e obteve vantagem econômica ilícita. De acordo com a linha de pensamento exposta por Zavascki e Didier, o juiz estaria impedido de determinar a suspensão dos direitos políticos do réu, muito embora restasse cabalmente demonstrado no novo julgamento sua atuação dolosa e danosa contra o erário, restando-lhe unicamente condená-lo a ressarcir a Fazenda Pública. Essa situação, evidentemente, nos afiguraria inconcebível.

Sobrane⁵⁹ ainda discorre sobre outro argumento ao qual aderimos por entender que, em se tratando de ação de improbidade administrativa, somente incide o regime da coisa julgada coletiva:

A discordância incide exatamente no ponto em que se conclui pela aplicação do regime da coisa julgada individual quanto ao aspecto *repressivo-punitivo* da ação de improbidade administrativa, pois não se concebe a possibilidade de aplicação simultânea de regimes diversos de coisa julgada, de maneira a permitir-se a secção de sua autoridade, incidindo um dos regimes sobre determinado aspecto da demanda, enquanto outro ponto é regulado por regime diverso, o que remete à conclusão de que a ação de improbidade administrativa é a um só tempo demanda coletiva e individual.

A *ação de improbidade administrativa*, como já salientado, tem por objeto a proteção do princípio da probidade administrativa que se qualifica como difuso e de interesse de toda a coletividade, estando nele incluída não só a questão relativa à preservação de sua expressão econômica (erário), mas o sancionamento da

59 SOBRANE, op. cit., p. 258.

conduta do agente que desvirtua do padrão de comportamento legal, moral e ético.

O aspecto repressivo da demanda, voltado para o sancinamento dos valores acima indicados, não é incomum a outras demandas coletivas. A diferença é que numa *ação ambiental*, por exemplo, o seu conteúdo condenatório, também repressivo, incidirá na erradicação do dano ao meio ambiente e no seu ressarcimento por parte do agente degradador, resultando em conseqüências de ordem econômica, enquanto na *ação de improbidade administrativa*, além da reparação ao dano provocado pelo agente público ao erário, o comando emergente da sentença será portador de sanções de natureza personalíssima (v.g., suspensão dos direitos políticos, perda da função pública etc.), o que não a caracteriza como ação individual.

Desse modo, não há que se falar em aplicação de regimes distintos da coisa julgada, pois a ação de improbidade administrativa é ação coletiva plena, a qual tem por objetivo o resguardo de interesse difuso, o qual repercute diretamente na esfera dos interesses individuais dos componentes do corpo social.

5 CONCLUSÃO

Em matéria de probidade administrativa não há que se tergiversar, pois o agente público, mais do que ser honesto, tem que parecer honesto. A probidade, como uma moralidade administrativa qualificada, adquiriu *status* constitucional, elevada que foi, pela Constituição de 1988, a princípio da Administração Pública.

A Lei nº 8.429/92 trouxe um valoroso instrumento na defesa da probidade na Administração Pública, impondo severas sanções a todos aqueles que praticarem atos que importem em enriquecimento ilícito, mediante a obtenção de qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego; que causem lesão ao erário, mediante qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens; ou atentem contra os princípios administrativos, mediante qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.

A coisa julgada é um dos temas mais interessantes no processo civil. Contudo, não se pode deixar que uma visão passional do tema

acabe por tornar um instituto fruto da cultura humana mais importante do que o valor universal de Justiça. A relativização da coisa julgada é medida que se impõe para o resguardo da segurança jurídica e, com muito maior razão, se faz necessária quando estão em jogo interesses transindividuais como a probidade administrativa.

A ação de improbidade administrativa é uma ação coletiva autônoma, espécie de ação civil pública, que tem rito próprio traçado na Lei nº 8.429/92, cuja legitimidade pertence ao Ministério Público ou à pessoa jurídica interessada, podendo trazer em seu bojo pedidos sancionatórios ao agente ímprobo e de ressarcimento ao erário.

Mesmo sendo apta ao manejo de pedidos tão diversos, não há que se falar em aplicação de regimes diversos da coisa julgada, pois, em se tratando de ação de improbidade somente se aplica o regime da coisa julgada coletiva.

Dessa forma, aplica-se nas ações de improbidade administrativa o mesmo regime da coisa julgada que incide sobre o microsistema coletivo, sendo que a procedência ou a improcedência do pedido por qualquer motivo que não seja a falta de provas faz coisa julgada *erga omnes*. Se a improcedência for por falta de provas, não haverá coisa julgada material.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Roberto Carlos. *Coisa Julgada nas ações civis públicas: Direitos Humanos e Garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo Rezende. *Improbidade Administrativa. Questões Polêmicas e atuais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

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

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil, Teoria da prova, Direito probatório, Teoria do precedente, Decisão judicial, Coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. vol. 2. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

_____. *Curso de Direito Processual Civil, Processo Coletivo*, vol. 4. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel, Relativizar a coisa julgada material. *Revista Forense*, v. 97, n.358.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

GARCIA, Emerson e ALVES Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GOMES JR., Luiz Manoel. *Curso de Direito Processual Civil Coletivo*, 2. ed. São Paulo: SRS, 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. 2. ed. São Paulo: 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*, 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos Interesses difusos em juízo*, 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*, 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Cláudio Ari. Improbidade administrativa - considerações sobre a Lei 8.429/92, *Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul*, n. 36. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Direito Aplicado II – Pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. Considerações sobre a chamada “Relativização” da Coisa Julgada Material. In *Temas de Direito Processual* – 9. série. São Paulo: Saraiva, 2007.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto, *Curso de Direito do Consumidor: com exercícios*. São Paulo: Saraiva, 2004.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de*

responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Crimes de Responsabilidade Fiscal: Atos de Improbidade Administrativa por violação da LRF*. São Paulo: Atlas, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Sentença e Coisa Julgada*, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SOBRANE, Sérgio Turra. *Improbidade Administrativa: Aspectos Materiais, Dimensão Difusa e Coisa Julgada*, São Paulo: Atlas, 2010, p. 260

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.