

COISA JULGADA NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Luiza Carla Menezes de Farias*

RESUMO

Coisa julgada na Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa. O presente trabalho objetiva analisar se é devida a aplicação do microssistema coletivo ao pedido de cominação de sanção no âmbito da ação de improbidade administrativa, tendo em vista as limitações impostas aos direitos fundamentais do sujeito passivo da ação de improbidade e a efetividade na tutela do direito coletivo à probidade administrativa. Os resultados do presente trabalho foram obtidos através de uma extensa pesquisa bibliográfica de livros, periódico e arquivos digitais. Concluiu-se ser devida a aplicação do microssistema coletivo a todos os pleitos da ação de improbidade, haja vista que as limitações aos direitos fundamentais existentes não justificam a aplicação das normas de direito processual penal, e a sua não aplicação prejudicaria a efetividade da Lei nº 8.429/92.

Palavras-chave: Ação de improbidade. Coisa julgada. Sanções civis.

1 INTRODUÇÃO

Trata-se de trabalho científico que visa analisar o regime jurídico da coisa julgada no âmbito da ação civil pública (ACP) por ato de improbidade administrativa, mas especificamente, a aplicação da coisa julgada *secundum eventum probationem* ao pedido de aplicação de sanção ao agente ímprobo.

A problemática quanto ao regime jurídico apto a reger a coisa julgada surge quando os renomados doutrinadores Teori Albino Zavascki e Fredie Didier Jr defendem que a ACP por ato de improbidade administrativa deveria seguir o microssistema coletivo tão somente no que concerne ao pedido de ressarcimento ao erário, e no que tange ao pedido de aplicação de sanção ao agente ímprobo deveria ser seguido o regime jurídico da coisa julgada comum.

A tese ventilada por estes estudiosos se pauta na defesa dos direitos fundamentais dos sujeitos passivos das ações de improbidade, sobretudo, nas normas protetivas processuais típicas do processo penal, as quais estes julgam dever ser aplicadas ao processo em vértice, por acreditarem que as sanções estipuladas no âmbito da Lei nº 8.429/92 são deveras árduas.

Deste feita, o presente trabalho procurará examinar a natureza jurídica dos direitos tutelados pela Lei de Improbidade Administrativa, bem assim o caráter

coercitivo das penas do art. 12, da Lei nº 8.429/92, sobre a ótica de ser necessário ou não a aplicação dos institutos protetivos inerentes ao direito penal. Como também da compatibilidade da aplicação desses institutos com a efetividade na tutela dos direitos encartados na Lei de Improbidade Administrativa.

2 COISA JULGADA NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Inicialmente, saliente-se que a imutabilidade da coisa julgada é um fenômeno político, cabendo ao legislador atribuí-lo ou não as decisões judiciais.

A sua finalidade consiste em garantir o direito fundamental à segurança jurídica.

No direito coletivo seu disciplinamento se dá de forma diversa do que ocorre no regime de direito individual, consoante se pode verificar pelo texto do artigo 16 da Lei nº 7.347/85:

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.

Observa-se, pois, que quanto ao modo de produção dos seus efeitos a coisa julgada na ação coletiva se dá *secundum eventum probationis* e não *pro et contra* como ocorre nas ações individuais.

Fredie Didier (2010, p. 364-365) bem explica os termos suso mencionados:

Em primeiro lugar, temos a coisa julgada *pro et contra*, que é aquela que se forma independentemente do resultado do processo, do teor da decisão judicial proferida. Pouco importa se de procedência ou de improcedência, a decisão definitiva ali proferida sempre será apta a produzir coisa julgada. (...)

Em terceiro lugar, há ainda a coisa julgada *secundum eventum probationis*, que é aquela que só se forma apenas em caso de esgotamento das provas: se a demanda for julgada procedente, que é sempre com esgotamento de prova, ou improcedente com suficiência de provas.

Desta feita, percebe-se que nos casos da ação coletiva o legislador, por questão política, relativizou a autoridade da coisa julgada, considerando que não há

enfrentamento do mérito quando no momento da sentença não constar nos autos provas suficientes a solver a lide coletiva, não possuindo tal decisão caráter de definitividade.

No entanto, no que tange à coisa julgada no bojo da ação civil pública por ato de improbidade administrativa, a lei específica (Lei nº 8.429/92) não dispôs acerca do regime jurídico a ser aplicado. Tal lacuna gerou controvérsia no seio jurídico de sorte a dividir o corpo doutrinário.

A fim de compreender a celeuma existente, mister se faz versar sobre alguns institutos e conceitos básicos atinentes a ação civil pública por ato de improbidade administrativa, como a natureza do objeto tutelado e o regime jurídico a ser aplicado.

3 DA NATUREZA DO OBJETO TUTELADO

O objeto tutelado em sede de ACP por ato de improbidade administrativa se constitui na probidade administrativa, a qual abarca os princípios constitucionais moralidade, legalidade, imparcialidade dentre outros.

A moralidade administrativa, princípio de maior relevo, na formação do conceito de probidade, foi consagrada no texto da Carta Magna de 1988, recentemente, pois.

A preocupação do legislador originário em trazer o princípio em foco ao status constitucional se justifica pela fragilidade dos padrões éticos de uma considerável gama de agentes políticos, com a reiterada prática de condutas corruptas, uma das espécies do gênero improbidade. Agentes estes escolhidos pelo povo, os quais deveriam, portanto, representar sua vontade e atuar em prol do interesse público, seguindo os princípios da legalidade e moralidade, os quais são pedras angulares do Estado Democrático de Direito.

Afirma o Doutrinador Assagra de Almeida (2003, p. 452) que:

A probidade administrativa consiste em exigência fundamental do Estado Democrático de Direito brasileiro, estando inserida nos princípios constitucionais estruturantes (o Princípio do Estado de Direito e o Princípio Democrático), e não se resume a mera moralidade administrativa.

No mesmo sentido segue excerto do Ilustre Ministro Teori Albino Zavascki:

O direito a um governo honesto, eficiente e zeloso pelas coisas públicas tem, nesse sentido, natureza transindividual, como decorre, do Estado democrático, ele não pertence a ninguém individualmente; seu titular é o povo em nome e em benefício de quem o poder deve ser exercido (ZAVASCKI, 2006, p. 90-91).

Deste modo, deve-se aferir que a probidade se apresenta como causa e consequência da democracia, o que torna inegável sua conotação quanto direito de natureza coletiva.

4 DO REGIME JURÍDICO APLICADO

Sabendo-se que o objeto tutelado em sede de ACP por ato de improbidade administrativa é a probidade administrativa, e que esta se constitui em interesse coletivo, já se pode aferir, de forma preliminar, que a ação que visa a tutelar tal direito se revista da natureza coletiva e obedeça, pois, o microssistema processual coletivo.

Para José Carlos Barbosa Moreira (1991) *apud* Didier Jr. (2010, p.33):

A ação coletiva surge, por outro lado, em razão de uma particular relação entre a matéria litigiosa e a coletividade que necessita da tutela para solver o litígio. Verifica-se, assim, que não é significativa, para esta classificação, a “*estrutura subjetiva*” do processo, e, sim a “*matéria litigiosa* nela discutida”. Por isso mesmo, pelo menos em direito brasileiro, a peculiaridade mais marcante nas ações coletivas é a de que existe a permissão para que, embora interessando a uma série de sujeitos distintos, identificáveis ou não, possa ser ajuizada e conduzida por iniciativa de uma única pessoa.

Desta feita, sabendo-se que a ação civil pública por ato de improbidade administrativa visa salvaguardar a probidade administrativa, portanto, bem jurídico de natureza difusa, impende reconhecer ser esta merecedora da tutela jurisdicional coletiva.

5 DA CONTROVÉRSIA QUANTO AO REGIME JURÍDICO APLICADO AO CAPÍTULO DE SENTENÇA REPRESSIVO-PUNITIVO

Pelo acima esposado, o que se pode deduzir é que sendo a ação de improbidade uma ação que possui por escopo a salvaguarda de um interesse difuso, qual seja, a probidade administrativa, obedecendo, pois, o microsistema de tutela coletiva, então as regras atinentes à coisa julgada na mencionada ação deveriam, portanto, ser regidas pelo microsistema em tela.

No entanto, a questão torna-se decerto controversa quando renomados doutrinadores como Fredie Didier Jr. e Teori Albino Zavascki afirmam que a coisa julgada na ACP por ato de improbidade administrativa deveria seguir o microsistema coletivo tão somente no que concerne ao pedido de ressarcimento ao erário e no que tange ao pedido de aplicação de sanção ao agente ímprobo deveria ser seguido o regime jurídico da coisa julgada comum. O que pode ser vislumbrado nos excertos de suas obras abaixo transcritas:

Para tanto, parte-se da premissa de que a ação de improbidade administrativa é uma ação coletiva, que pode veicular duas espécies de situações jurídicas ativas: pedido de aplicação das sanções ao agente ímprobo e o pedido de ressarcimento ao Erário.

Muito embora o STF já tenha pacificado que a ação de improbidade administrativa é uma ação de natureza civil, nesse caso, para o fim de 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 de cargo, suspensão dos direitos políticos, proibição de contratar com os poderes públicos), 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 uma demanda com alto teor sancionatório. Em relação a esta parte do objeto litigioso do processo, parece mais adequado, realmente, seguir o regime jurídico da coisa julgada comum: porque a decisão de mérito, favorável ou não à pretensão do autor, está apta a torna-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 houver sido rejeitada por insuficiência de provas (DIDIER JR, 2010, p. 374-375).

A característica fundamental da ação de improbidade administrativa repita-se, é a de ser uma ação tipicamente repressiva: destina-se a impor sanções. Todavia, é uma ação de dupla face: é repressiva reparatória, no que se refere à sanção de ressarcimento ao erário; e é repressiva punitiva, no que se referem as demais sanções. Quanto ao primeiro aspecto ela é semelhante à ação civil pública comum; mas quanto ao segundo aspecto, ela assume características

incomuns e inéditas, sem similar em nosso sistema processual civil. O seu objeto específico, de aplicar sanções substancialmente semelhantes às impostas nas infrações penais, não só a afasta dos padrões civis comuns, como a aproxima necessariamente da ação penal (ZAVASCKI, 2006, p. 102).

Resta claro que o entendimento defendido pelos doutrinadores em comento, visa, de forma precípua, resguardar os direitos e garantias individuais dos agentes que, supostamente, tenham cometido o ato de improbidade administrativa.

A proteção consiste em impedir que - no que atine ao pedido de aplicação das sanções civis aos agentes ímprobos - a coisa julgada possa se tornar indiscutível quando a demanda interposta não trazer em seu bojo provas suficientes. Isto é, em caso de insuficiência de provas a demanda não poderia ser reproposta com base em provas que vierem a surgir ulteriormente. Estaria, pois, afastada o caráter coletivo da coisa julgada pela supressão de sua técnica de coisa julgada *secundum eventum probationem*.

6 DA NATUREZA CIVIL DA AÇÃO DE IMPROBIDADE

Ao que se percebe, a posição supra explicitada tenta aproximar as garantias conferidas em sede de direito penal à ação por ato de improbidade administrativa, dado o caráter coercitivo a ela inerente. Isso resta evidente no trecho da obra de Teori Abino Zavascki que se segue:

O objeto próprio da ação de improbidade é a aplicação de penalidades ao infrator, penalidade estas substancialmente semelhantes as das infrações penais. Ora, todos os sistemas punitivos estão sujeitos a princípios constitucionais semelhantes, e isso tem reflexos diretos no regime processual. É evidente, assim, - a exemplo do que ocorre, no plano material, entre a Lei de Improbidade e o direito penal -, a tração pela ação de improbidade de princípios típicos do direito processual penal. (ZAVASCKI, 2006, p.103).

Todavia, deve-se salientar que ao prever as sanções a serem aplicadas aos agentes políticos que cometeram atos de improbidade administrativa no art. 37, §4º da Constituição Federal, o legislador constituinte deixou claro que as penalidades ali previstas não afastariam as de natureza penal, trilhando:

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.

Mas que isso, o constituinte dispôs que a via a ser eleita como instrumento de aplicação das sanções previstas no texto da Carta Política não seria de natureza penal.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006, p. 773-774) dispõe que:

(...) (a) o ato de improbidade, em si, não constitui crime, mas pode corresponder também a um crime definido em lei; (b) as sanções indicadas no art. 37, § 4º, da Constituição não têm a natureza de sanções penais, porque, se tivessem, não se justificaria a ressalva contida na parte final do dispositivo, quando admite a aplicação das medidas sancionatórias nele indicadas “sem prejuízo da ação penal cabível; (c) se o ato de improbidade corresponder também a um crime, a apuração da improbidade pela ação cabível será concomitante com o processo criminal”. A natureza das medidas previstas no dispositivo constitucional está a indicar que a probidade administrativa, embora possa ter consequências na esfera criminal, com a concomitante instauração de processo criminal (se for o caso) e na esfera administrativa (com a perda da função pública e a instauração de processo administrativo concomitante) caracteriza um ilícito de natureza civil e política, porque pode implicar a suspensão de direitos políticos, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento dos danos causados ao erário.

Para Sabrone (2010, p. 112):

(...) a disposição legal direciona para uma via jurisdicional autônoma e exclusiva para o sancionamento do ato ímprobo, em particular quando destaca que as sanções previstas na Lei são independentes das sanções civis. Salientando ainda que é perceptível que o legislador não criou uma instância jurisdicional específica para a ação de improbidade administrativa. Na realidade, quis ressaltar e deixar bem claro que o sancionamento do agente público autor do ato de improbidade administrativa não deve se limitar às sanções de natureza penal, civil e administrativa, ordinariamente previstas. Além dessas, pretende o comando legal a punição do agente com a aplicação das sanções instituídas pela Lei nº 8.249/92, que serão aplicadas por invocação da jurisdição civil, ante sua natureza não penal.

O Supremo Tribunal Federal (STF) já pacificou o assunto quando do julgamento da ADI nº 2.797-2/DF, em 2005, declarou a inconstitucionalidade da Lei 10.628/2002 que alterava a redação do art. 84 e parágrafos do Código de Processo

Penal, a qual instituía como competência dos tribunais o julgamento da ação civil pública por ato de improbidade administrativa quando figurasse no polo passivo da demanda agente público que gozasse de foro de prerrogativa de função.

A decisão sobredita se pautou na inexistência de previsão constitucional que estipulasse competência originária para os tribunais em matéria de ação de improbidade administrativa, isto é, não penal.

Nesse caso, claramente o STF afastou a aplicação de supostas prerrogativas que os agentes públicos gozam no âmbito do processo penal quanto do processamento da ação civil pública por ato de improbidade administrativa.

Corroborando o asseverado, segue transcrito trecho da ementa do acórdão prolatado em sede da sobredita ADI:

EMENTA: (...) IV. Ação de improbidade administrativa: extensão da competência especial por prerrogativa de função estabelecida para o processo penal condenatório contra o mesmo dignitário (§ 2º do art. 84 do C Pr Penal introduzido pela L. 10.628/2002): declaração, por lei, de competência originária não prevista na Constituição: inconstitucionalidade.

3. Acresce que a competência originária dos Tribunais é, por definição, derrogação da competência ordinária dos juízos de primeiro grau, do que decorre que, demarcada a última pela Constituição, só a própria Constituição a pode excetuar. (...)

5. De outro lado, pretende a lei questionada equiparar a ação de improbidade administrativa, de natureza civil (CF, art. 37, § 4º), à ação penal contra os mais altos dignitários da República, para o fim de estabelecer competência originária do Supremo Tribunal, em relação à qual a jurisprudência do Tribunal sempre estabeleceu nítida distinção entre as duas espécies.

6. Quanto aos Tribunais locais, a Constituição Federal - salvo as hipóteses dos seus arts. 29, X e 96, III -, reservou explicitamente às Constituições dos Estados-membros a definição da competência dos seus tribunais, o que afasta a possibilidade de ser ela alterada por lei federal ordinária. (STF, ADI 2797, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 15/09/2005, DJ 19-12-2006 PP-00037 EMENT VOL-02261-02 PP-00250)

Assim sendo, a natureza civil da ACP por ato de improbidade administrativa é pacífica, em que pese ainda existir juristas que defendam sua natureza penal.

Neste diapasão, como ação de natureza civil a ação de improbidade deve, por conseguinte, ao menos *prima facie*, ser regida pelo direito processual civil, com todas suas nuances.

7 DO CARÁTER COERCITIVO DAS PENAS DO ARTIGO 12 DA LEI N. 8.429/92 E DA NECESSIDADE DE SE APLICAR OS INSTITUTOS PROTETIVOS INERENTES AO DIREITO PENAL

Apesar da clara natureza civil da ação de improbidade, há de se ponderar sobre o caráter coercitivo dessa e considerar se há razoabilidade na incidência das garantias de ordem processual penal e do regime jurídico comum à coisa julgada no que tange ao capítulo de sentença concernente ao pedido de aplicação das sanções previstas no artigo 37, § 4º, da Constituição Federal e no artigo 12 da Lei 8.249/92 ao agente político autor do ato ímprobo.

Para tal fim, é imprescindível ter ciência de quais são as penas a serem aplicadas, sendo, pois, possível avaliar o grau de invasão nos direitos e na dignidade do ser humano, elucidando se é justificável ou não o “influxo” do direito processual penal em uma ação, eminentemente, cível.

Em resumo podem ser aplicadas as seguintes sanções aos atos de improbidade administrativa: (a) reparação do dano; (b) perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; (c) perda da função pública; (d) suspensão dos direitos políticos; e f) proibição de contratar com o Poder Público ou de recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário.

7.1 REPARAÇÃO DO DANO

O ressarcimento integral do dano é uma forma de recompor o patrimônio lesado, reestabelecendo, quando possível, o *status quo ante*.

Tal dever está previsto no art. 186 do Código Civil “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Desta feita, toda vez que um agente com sua ação ou omissão consciente (dolo ou culpa), provoca um dano (nexo de causalidade), surge o dever de reparar.

Assim, um dano decorrente de um ato ímprobo, ilícito civil, surge para quem o praticou o dever de reparar.

Percebe-se, pois, que não se trata de sanção, mas sim de uma decorrência da máxima do direito civil de não causar dano a outrem.

Observe lição de Emerson Garcia (2010, p. 546):

Note-se, no entanto, que o texto legal não tem o poder de alterar a essência ou a natureza dos institutos; *in casu*, observa-se que a reparação dos danos, em seus aspectos intrínsecos, não representa uma punição para o ímprobo, pois tão somente visa a repor o *status quo*.

Tanto é assim que mesmo àquelas condutas danosas praticadas antes da Lei de Improbidade Administrativa ou ainda que hajam sido alcançadas pela prescrição, submetem o sujeito que a realizou a devida responsabilização e, por conseguinte, a reparação do dano.

Por todo o exposto, a reparação de dano não possui natureza sancionatória, em que pese está prevista no artigo 12 da Lei n. 8.429/92 como pena a ser aplicada. A referida previsão, bem assim a do artigo 5º da mesma lei só reforça a obrigação civil de reparação do dano.

7.2 PERDA DE BENS OU VALORES ACRESCIDOS ILICITAMENTE AO PATRIMÔNIO

A perda de bens e de valores acrescido ilicitamente segue o mesmo raciocínio do ressarcimento do dano.

Quando o agente perde valores que possuía em virtude da prática do ato ímprobo, ele não está sofrendo qualquer sanção, dado que tais bens não se agregaram legitimamente ao seu patrimônio por ser fruto de ato contrário à norma, bem assim em virtude do dever jurídico de não enriquecer ilicitamente.

Desta feita, com a perda dos bens o patrimônio do indivíduo apenas retorna ao estado anterior à prática do ilícito, não sofrendo, pois, redução efetiva.

Noutro pórtico, deve-se frisar que a perda de bens, apesar de possuir aplicação no âmbito penal, se caracteriza nesse ramo do direito como efeito secundário de natureza extrapenal, assim denominados por ter aplicação em diversos ramos do direito não possuindo, por conseguinte, cunho penal.

Tanto é assim que a perda de bens - também denominado confisco - dar-se de forma automática, não precisando sequer ser explicitado nas sentenças penal condenatório.

Deste modo, a perda dos bens na seara penal é apenas consectário de natureza cível que se adere à sentença penal condenatória por força de lei.

7.3 MULTA CIVIL

A multa civil consiste em uma penalidade de natureza pecuniária, atingindo tão somente o patrimônio do agente condenado em virtude de ato ímprobo, por fazer com que este diminua. Não representa, pois, qualquer restrição a direitos de ordem pessoal.

Deste modo, deduz-se que a multa possui sim um caráter punitivo, sendo pena, portanto, ao contrário dos dois institutos sobreditos.

Em lição de Fábio Medina Osório (1997, p.176) “não havendo prejuízo ao erário, a multa assume uma função sancionatória moral de relevância, devendo ser revertida à sociedade”.

Neste diapasão, é salutar a explanação abaixo:

Cumpramos ressaltar que a multa ora analisada tem natureza civil e sancionatória, o que inviabiliza o aproveitamento de argumentos comumente relacionados à multa aplicada na esfera penal, em especial a assertiva de que ela não seria transmissível aos herdeiros do ímprobo falecido. Como foi oportunamente visto diversa é a solução nesta seara (GARCIA, 2010, p. 604).

Conclui-se, pois, que a multa em vértice possui natureza, eminentemente, cível e atinge, tão somente, o patrimônio do indivíduo, não requerendo, pois, a aplicação dos institutos protetivos inerentes ao direito penal.

7.4 PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA

A perda da função pública possui o escopo de evitar que o agente venha a cometer novo ato atentatório à administração pública em seu exercício.

Essa sanção ao contrário das demais, não atinge a esfera jurídica pessoal do ímprobo, mas sim visa à dissolução da relação jurídica existente entre este e o Estado.

As relações jurídicas existentes entre os servidores públicos e o Poder Público, embora gozem de certa estabilidade, são orientados por prestações bilaterais que visam sobremaneira o interesse público.

Neste diapasão, caso o servidor não corresponda ao exigido pela administração poderá ser exonerado ou demitido no próprio âmbito administrativo, respeitado o contraditório e a ampla defesa.

Em busca de otimizar o princípio da eficiência a Emenda Constitucional nº 19, que alterou o art. 41 da CF, trouxe, dentre as inúmeras mudanças, a possibilidade de o servidor ser demitido se for reprovado na avaliação periódica de desempenho.

Assim, é inegável a conotação administrativa vinculada à sanção de perda da função pública, embora ela possa ser também decretada por meio de ACP e no processo crime, como efeito secundário e extrapenal de sentença condenatória transitada em julgado.

Não há, pois, falar em afronta a direito fundamental ante sentença em ACP que faça coisa julgada *secundum eventus probatione* aplicando a perda do cargo ou função pública como sanção.

7.5 PROIBIÇÃO DE CONTRATAR COM O PODER PÚBLICO OU RECEBER INCENTIVOS FICAIS OU CREDITÍCIOS, DIRETA OU INDIRETAMENTE, AINDA QUE POR INTERMÉDIO DE PESSOA JURÍDICA DA QUAL SEJA SÓCIO MAJORITÁRIO

A proibição de contratar com o Poder Público ou de receber incentivos fiscais ou creditícios se trata de sanção de natureza pecuniária indireta, pois priva que o condenado venha a estabelecer vínculos contratuais ou mesmo receba incentivos por parte do governo, beneficiando-se da coisa pública.

Ademais, em se tratando de contratação administrativa, assim como na cessão de incentivos creditícios e fiscais, a administração deve velar pela idoneidade da parte com quem ela contrata, sob pena de está colocando em risco o interesse público, fim último da administração.

Neste viés, uma pessoa que haja sido condenada por ato de improbidade administrativa não é decerto a mais adequada para contratar com o Poder Público.

7.6 SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS

A suspensão dos direitos políticos é a sanção principal a ser cominada na ação de improbidade, dado que se trata de restrição de direito fundamental, a qual só é permitida mediante expressa previsão constitucional.

O beneplácito da Carta Maior no tocante à suspensão dos direitos políticos àquele que praticou ato de improbidade administrativa encontra-se disciplinado no artigo 15, inciso V, e no artigo 37, § 4º, ambos da Constituição Federal.

Imposta a sanção de suspensão dos direitos políticos fica o agente ímprobo proibido de participar da vida política do Estado, não podendo votar, nem ser votado, propor iniciativa de lei, ajuizar ação popular, criar e integrar partidos políticos e oferecer denúncia em face do chefe do Poder Executivo pela prática de infração político-administrativa.

Esclarecendo o tema:

A suspensão dos direitos políticos surge no contexto da Lei de Improbidade Administrativa como sanção autônoma de natureza político-constitucional, impedindo que o condenado por ato de improbidade administrativa possa exercer seus direitos políticos durante o prazo demarcado na sentença, obstando sua participação na “vida política do Estado” (SOBRANE, 2010, p. 161).

Pelo exposto, resta claro que a suspensão dos direitos políticos se constitui em um “castigo” imposto pela *Lex Legum* ao agente que gozando da confiança do Estado, no exercício de função pública ou em detrimento dela utiliza-a em proveito próprio, beneficiando-se a si ou a terceiro, violando, sobremaneira, o princípio da probidade administrativa.

Nesse toar:

O inciso I do art. 12 estipula as sanções aplicáveis às hipóteses de atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito segundo os termos do artigo 9º, tendo o legislador, com inteiro acerto estipulado maior rigor na repreensão, na medida em que as condutas ali relacionadas exemplificativamente, em face de cláusula de encerramento, notadamente, revelam absoluto desprezo, uma

verdadeira traição aos deveres que incumbem a todos os agentes políticos, que, não é demais refrisar, têm o inafastável dever “de velarem pela estrita observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhes são afetos” (art. 4º) (SALGADO FILHO, 2009, p. 625.).

Saliente-se ainda no âmbito penal a suspensão dos direitos políticos constitui em efeito da condenação de natureza extrapenal, não possuindo sequer previsão em leis penais. Em verdade, tal efeito se opera por força do artigo 15, inciso III, da Constituição. Desta feita, a suspensão dos direitos políticos é uma restrição de natureza cível que é aplicada no âmbito penal como efeito colateral.

Pode-se perceber que na esfera penal para que a pessoa tenha seus direitos civis cerceados não é necessária à motivação por parte do magistrado no bojo da sentença. É efeito extrapenal que ocorre com o trânsito em julgado e não é passível de discussão, não podendo ser objeto de pleito recursal.

Se o réu for condenado ao final do processo penal por um delito, independentemente, do regime prisional fixado ou mesmo se a pena foi substituída por restritiva de direitos ou multa, ele terá seus direitos políticos suspensos.

Desta feita, percebe-se que em que pese os direitos políticos possuírem natureza de direito fundamental merecendo tutela constitucional, para a sua restrição no âmbito penal não exige os comeditos institutos inerentes a tal ramo do Direito, bastando tão somente que tenha havido a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa quanto ao ato criminoso que está sendo discutido.

Noutro pórtico, quando a suspensão dos direitos políticos é aplicada no âmbito da ação de improbidade administrativa, ela é cominada a título de pena principal, e por meio dela não se está atacando o direito à liberdade, mas sim os direitos políticos do agente de participar direta e indiretamente da organização do Estado.

Para a aplicação da referida sanção no âmbito civil é conferido de forma plena o contraditório e ampla defesa ao agente processado, pois ele pode discutir a pena em si em grau de recurso, o que não se vislumbra na seara penal, na qual o juiz não precisa sequer motivar a sua aplicação como explanado alhures.

Ademais, a proporcionalidade entre o ato cometido e a pena cominada traduz alto grau de equidade, dado que o agente quanto do exercício de cargo público o faz sob a finalidade do bem comum, da supremacia do interesse público.

Na maioria das vezes titulariza um “poder” e, portanto, possui prerrogativas que devem ser utilizadas a fim de propiciar um bem maior, em prol da coletividade, a qual é a real detentora do poder, nos termos do artigo 2º da Constituição Federal.

Deste modo, quando o agente tira proveito da função que ocupa a fim da satisfazer seus interesses, ele prova não estar apto a exercer com dignidade seus direitos políticos, visto que se sua mente é corrupta, sendo imprescindível a punição de seus atos.

Por tudo que foi exposto, o ponto fulcral da celeuma em vértice é a sanção de perda dos direitos políticos. Essa sanção negavelmente atinge direito fundamental, pois impossibilita que o agente venha a participar da organização estatal durante o período da suspensão.

A questão é se tal invasão na esfera do individuo merece a tutela dos institutos penais inerentes ao devido processo penal ou se a Constituição no texto do artigo 37, § 4º, ao prevê de forma antecipada sanções a serem aplicadas aos agentes ímprobos no curso de uma ação cível, já havia gravitado acerca de todas as nuances correlatas, como: a natureza da conduta ímproba, a gravidade dos danos gerados à sociedade e a necessidade de uma efetiva responsabilização de tais agentes.

O que se constata é que a Constituição Federal de 1988 veio, em resposta, ao reclamo social contra a corrupção e desrespeito à coisa pública, estipular sanções, de forma a evitar manobras políticas a esvaziar a punição pela prática da improbidade.

Por conseguinte, a suspensão dos direitos políticos se trata de sanção de natureza política, a que o agente é submetido por haver violado sobremaneira os ditames morais quando participava da organização administrativa do Estado.

Tal penalidade fundamenta a estruturação do Estado Democrático de Direito, pois permite responsabilizar de forma efetiva quem exerce função pública e desvia sua finalidade para valores amorais. É uma forma de educar uma nação e seus representantes para que os atos de corrupção não sejam mais tolerados.

A corrupção está associada à fragilidade dos padrões éticos de determinada sociedade, os quais se refletem sobre a ética do agente público. Sendo este, normalmente, um mero “exemplar” do meio em que vive e se desenvolve, um contexto social em que a obtenção de vantagens indevidas é vista como prática comum dentre os cidadãos,

em geral, certamente fará com que idêntica concepção seja mantida pelo agente nas relações a que venha estabelecer com o Poder Público. Um povo que preza a honestidade provavelmente terá governantes honestos. Um povo que, em seu cotidiano, tolera a desonestidade e, não raras as vezes, a enaltece, por certo terá governantes com pensamentos similares (GARCIA, 2010, p. 09)

No caso em voga, entender que o microssistema coletivo não pode ser aplicado na ação de improbidade administrativa no que tange ao capítulo de sentença que decide quanto ao pleito repressivo-punitivo, é o mesmo que conceber que na tensão das normas constitucionais vergastadas a proteção do direito fundamental do agente ímprobo de ver assegurados a ampla defesa e o contraditório nos termos que é conferido aos que cometem delitos penais, suplanta -sob uma exegese abstrata - a busca pela efetividade do Princípio Democrático de Direito.

Desta feita, conclui-se que o legislador constituinte ao prevê numa ação de natureza cível a cominação de sanção de suspensão dos direitos políticos, por haver este cometido ato ímprobo, ele o fez com total ciência da gravidade da imputação, como também com a noção plena de sua necessidade.

Saliente-se:

Em harmonia sistemática, a Carta considerou a improbidade administrativa como uma das causas determinantes da suspensão dos direitos políticos, que pode ser considerada como sendo a sanção máxima aplicável num regime democrático a ser suportada pelo agente ímprobo, que, via de regra, é detentor de mandato eletivo ou administra recursos e bens públicos (SOBRANE, 2010, p. 20).

É inegável a limitação ao direito fundamental, mas ao que parece essa limitação possui *status* constitucional, justificável pelos poucos valores morais historicamente inerentes aos agentes públicos e pela necessidade de construção de uma sociedade verdadeiramente democrática.

A partir dessa reflexão podemos dizer que:

Em algumas situações, é possível cogitar de restrição de direitos fundamentais, tendo em vista acharem-se os seus titulares numa posição singular diante dos Poderes Políticos. Há pessoas que se vinculam aos poderes estatais de forma marcada pela sujeição, submetendo-se a uma mais intensa medida de interferência sobre os direitos fundamentais. Nota-se nesses casos uma duradora inserção do indivíduo na esfera organizativa da Administração. “A existência

de uma relação desse tipo atua como título legislador para limitar os direitos fundamentais, isto é, justifica por si só possíveis limitações dos direitos fundamentais dos que fazem parte dela” (MENDES ET al. 2010, p. 370).

A preocupação do Constituinte é tão premente que este previu antecipadamente as penas, decerto, porque vislumbra que elas sejam de fato aplicadas, com a maior efetividade e que possam realizadas na seara cível, sem todos os aparatos penais que protegem sobremaneira o indivíduo da restrição à sua liberdade e não da suspensão de seus direitos políticos.

8 DAS QUESTÕES PROCESSUAIS PROPRIAMENTE DITAS

Além das questões constitucionais já ventiladas, deve-se perceber que caso se entenda possível que a coisa julgada na ação civil pública, no que se refere ao pedido de aplicação das sanções do artigo 12 da Lei 8.429/92, obedeça ao regime jurídico do direito individual, estar-se-ia negando a própria natureza coletiva da ação de improbidade administrativa. Senão vejamos:

Na ação em tela podem ser formulados os seguintes pleitos: a invalidação do ato administrativo ou negócio jurídico realizado pelo agente ímprobo em desconformidade com os ditames do ordenamento jurídico; a reparação do dano gerado em consequência da improbidade perpetrada; bem assim a aplicação das sanções previstas no art. 12 da Lei 8.429/92.

No que atine à invalidação do ato de improbidade administrativa, esta poderia ser realizada no âmbito da própria administração pública no exercício do poder de autotutela, instituto plenamente sedimentado no mundo jurídico por meio das súmulas nº 346 e 473 do STF e no artigo 53 da Lei nº 9.784/99.

Outrossim, caso a Administração não venha a ceifar seus próprios vícios de ilegalidade sempre poderá, o Poder Judiciário, revê-los seja em uma demanda individual na qual os particulares venham a ser lesados diretamente, seja, nos casos de dano ao patrimônio público por meio de ação civil pública (comum ou especial), nos termos da Lei 7.347 ou, ainda, através de Ação Popular, dado que consoante o art. 5º, inciso XXXV da Magna Carta, “a lei não excluirá da apreciação do judiciário lesão ou ameaça a direito”.

No mesmo viés, o pleito que visa à reparação do dano pelo ato ímprobo não caracteriza a ação de improbidade administrativa, dado que o dano gerado ao patrimônio público pode ser revertido em favor do erário por meio de uma ação civil pública comum, sendo, totalmente, dispensável a criação de uma ACP especial para tutelar esse interesse público e estatal.

Dessarte, vislumbra-se que a necessidade de se criar uma modalidade especial de ação civil pública a fim de tutelar o interesse difuso da probidade administrativa encontra-se respalda na necessidade de se imputar sanções de natureza cível aos agentes públicos que cometessem atos contrários à administração pública intitulados como ímprobos.

Noutro pórtico, frisa-se que a escolha do regime jurídico da coisa julgada *secundum eventus probationes* pelo legislador ordinário, nos termos do artigo 16 da Lei nº 7.347 no âmbito da ação civil pública, possui o escopo de evitar possíveis conluíus entre as partes que resultasse na extinção de ações por supostas ausência de provas, gerando graves prejuízos ao interesse público, sem trazer maiores responsabilidades aos mentores da simulação.

Nessa esteira versa Marcelo Abelha Rodrigues (2008, p. 396):

O legislador da lei da Ação Civil Pública não se preocupou em esconder seus medos e receios em relação ao representante adequado que impulsionaria a tutela jurisdicional dos direitos difusos e coletivos. Tanto isso é verdade que fez questão de dizer na exposição de motivos que adotava a regra do art. 18 da Lei de Ação Popular justamente porque temia que um eventual conluio entre as partes pudesse resultar num grave prejuízo aos titulares dos interesses difusos e coletivos.

Afastar tal dispositivo protetivo justamente da ACP por ato de improbidade administrativa seria um contrassenso. Se nas outras ações civis coletivas a corrupção entre as partes a fim de prejudicar o interesse público se constitui em preocupação tão premente do legislador ordinário, muito mais deveria ser no que atine aos agentes cujo motivo de estarem sendo processados consiste, justamente, em sua conduta não idônea e ímproba no exercício da função pública.

Por fim, deve-se perceber que permitir que o regime jurídico da coisa julgada na ação de improbidade administrativa tenha seus efeitos jurídicos relativizados não levaria a possibilidade de repositura da ação de improbidade a de eterno. Parece

que os doutrinadores que militam em sentido contrário olvidam-se de que a pretensão punitiva do Estado, também quanto aos atos de improbidade administrativa, está sujeita à prescrição.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, verifica-se que relativização da imutabilidade dos efeitos da coisa julgada na ação de improbidade administrativa, com a aplicação da coisa julgada *secundum eventus probationes*, isto é, com a possibilidade de repositura da demanda caso esta tenha sido extinta por insuficiência de provas, é decorrência lógica do direito que se vislumbra tutelar por meio desta ação.

Há que se ter em mira que o direito protegido é a probidade administrativa, razão pela qual o processo a ser empregado, necessariamente, deve ser o microssistema coletivo.

Entendimento contrário levaria a uma anomalia jurídica e ao desrespeito à norma encartada no artigo 37, § 4º, da Constituição Federal. Primeiro, porque o legislador constituinte ao estabelecer que as punições relativas aos atos de improbidade administrativa teriam natureza civil - tendo ainda a preocupação de cominar penas de antemão - o fez com a intenção de que seu processamento se desse no âmbito cível de sorte a possibilitar maior efetividade na sua repressão, buscando resguardar uma democracia real.

Segundo, porque seria no mínimo esdrúxulo que uma mesma ação obedecesse concomitantemente ao regime jurídico individual e coletivo, o que é até mesmo difícil de ser visualizado.

Além disso, o principal objeto da ação de improbidade administrativa é a aplicação de penalidades civis, desta feita, tratar esse pleito no âmbito do processo individual, seria o mesmo que negar a natureza coletiva do bem jurídico que se pretende tutelar.

Noutro quadrante, pôde-se depreender que as penalidades aplicadas no bojo dessa ação, não atingem a esfera individual do agente ímprobo de forma que mereça a tutela dos dispositivos processuais penais, dado que os únicos direitos fundamentais que são limitados no âmbito da ação em comento são os direitos políticos.

E como visto, mesmo no curso do processo penal, para a suspensão dos direitos políticos não se exige a observância das medidas protetivas inerentes a tal ramo do direito, pois essa se constitui em mero efeito extrapenal e de aplicação automática quando da sentença penal condenatória.

Outrossim, há que se conscientizar que é indispensável a lisuras dos que exercem funções públicas e que a falta de lealdade mediante atos que importem enriquecimento ilícito, dano ao erário ou mesmo a negligência com a coisa pública devem ser punidos com o rigor necessário.

Por fim, a relativização da imutabilidade dos efeitos da coisa julgada na ação de improbidade administrativa, com a aplicação da coisa julgada *secundum eventus probationes*, se constitui em um meio de evitar que as partes, as quais não são reais titulares dos direitos protegidos, mas sim meros representantes desses, ajam também de forma ímproba e pretiram os direitos coletivos tutelados, a fim de tirar proveitos pessoais.

Deste modo, conclui-se ser correta a aplicação do microssistema coletivo em todos os seus aspectos à ação civil pública por ato de improbidade administrativa, mormente no que tange ao pleito de aplicação das penalidades civis.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório de Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: Um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva 2003.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 02/02/2012.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em 15/05/2012.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429compilado.htm>. Acesso em 10/12/2011.

BRASIL. Lei nº 7.349, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm>. Acesso em 20/01/2012.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Dialética, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2006.

DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR. Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*. Bahia: JusPodium, 2010.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. Lumen Juris, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva 2010.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade Administrativa*. Porto Alegre: Síntese, 1997.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação Civil Pública*. Didier JR., Fredie. Ações Constitucionais. 3. Ed. Bahia: JusPodium, 2008.

SALGADO FILHO, Nilo Spinola, Probidade Administrativa. In: NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Manual de Direitos Difusos*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

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

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

* Luiza Carla Menezes de Farias: Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte, em 2009.1. Especialista em Direito Processual Civil, pela Universidade Anhanguera Uniderp (2013). Realiza atividade de assessoria jurídica no Ministério Público Estadual do Rio Grande do Norte, desde dezembro de 2010, atuando na área do patrimônio público a partir de novembro de 2011.