

Yarshell e Sica: Reposicionamento da ação de improbidade

O instituto da "improbidade administrativa", tal como o conhecemos na ordem jurídica brasileira, apresenta contornos bastante peculiares. De todo desconhecido até a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi referido pioneiramente — ainda que de forma lacônica — em seus artigos 37, §4º, e



Apesar da escassez de registros escritos nos anais da

Assembleia Constituinte a respeito das discussões que culminaram na inserção desses dispositivos no texto constitucional, duas certezas se extraem de sua leitura: 1) trata-se de instituto de feição inequivocamente punitiva; e 2) a ação destinada a aplicar as sanções poderia ser ajuizada em paralelo à respectiva ação penal, se cabível.

O Congresso Nacional demorou quase quatro anos para atender ao mandamento contido no artigo 37, §4º, e regulamentar o instituto em sede infraconstitucional, e o fez apenas em junho de 1992, no auge das manifestações que culminaram com a renúncia do então presidente da República Fernando Collor de Mello, cercado de denúncias de maus tratos da coisa pública. A Lei nº 8.429/92, aprovada de afogadilho, é insuficiente em termos de clareza, completude e coerência. As reformas pontuais nos seus quase 30 primeiros anos de vigência não resolveram esses problemas. A insuficiência dos textos, tanto constitucional quanto legal, produziram uma série de dificuldades para correto enquadramento sistemático do instituto.

Nos primeiros anos de vigência do novo diploma, os tribunais tiveram de resolver questões complexas em torno da posição do instituto no ordenamento jurídico pátrio. Duas discussões se apresentaram como particularmente relevantes: 1) se o MP teria legitimidade para pleitear ressarcimento de danos ao erário, à luz da vedação contida no artigo 129, IX, *in fine*, da Constituição da República; e 2) se as sanções por improbidade administrativa se aplicariam a determinados agentes políticos sujeitos aos "crimes de responsabilidade" previstos na Lei nº 1.079/50.

A primeira questão logo foi superada pelos tribunais: entendeu-se que o MP poderia ajuizar demanda com pedido de ressarcimento de danos aos cofres públicos porque a causa de pedir seria a tutela de interesses transindividuais à probidade e à moralidade administrativas e à incolumidade ao erário.



A segunda questão somente foi resolvida em 2008, com a longamente aguardada conclusão do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da célebre questão de ordem na Reclamação nº 2138/DF, reconhecendo-se que os agentes políticos referidos na Lei nº 1.079/50 se sujeitam apenas ao regime especial de crimes de responsabilidade, mas não à sistemática geral da improbidade administrativa.

As duas teses se apresentam essencialmente contraditórias.

A primeira tese acentua o caráter civil da ação de improbidade administrativa e a insere (ou ao menos a aproxima) do microsistema de tutela de interesses transindividuais, composto pela Lei de Ação Popular (nº 4.717/65), pela Lei de Ação Civil Pública (nº 7.347/85) e pelo CDC (nº 8.078/90), entre outros diplomas congêneres.

A segunda tese aproxima a ação de improbidade administrativa à ação penal por crimes de responsabilidade, distinguindo-as por um critério de especialidade: a Lei nº 1.079/50 seria *lex specialis*, a derogar a Lei nº 8.429/92, *lex generalis*.

O instituto não poderia ser colocado sistematicamente em campos do ordenamento tão díspares, pois governados por premissas e princípios inconciliáveis.

Os meios de tutela coletiva são pautados pela ampliação do acesso à Justiça, propiciando tratamento a litígios de natureza transindividual que não poderiam ser solucionados adequadamente pelos instrumentos de tutela individual. Esse microsistema é construído fundamentalmente sob a premissa de atipicidade dos direitos transindividuais (artigo 1º, IV, da Lei nº 7.347/85, introduzido pelo CDC) e tem o declarado objetivo de prestigiar a defesa da coletividade. Para esse fim, facilita-se aos variados coletivos o acesso à Justiça mediante técnicas como a inversão do ônus da prova. A sentença de improcedência ou de extinção da ação coletiva submete-se ao reexame obrigatório e sobre ela se forma coisa julgada *secundum eventum probationem*, de modo a garantir que a eventual negligência de um legitimado em conduzir o processo não frustre a tutela da coletividade. Aplica-se amplamente o princípio da precaução, favorecendo a outorga de tutelas provisórias. Abre-se ensejo para o controle judicial de políticas públicas, sobretudo mediante a imposição de deveres de fazer e não fazer, voltadas para o futuro.

De outro lado, o Direito Penal e o Direito Processual Penal estão pautados por uma lógica completamente distinta, qual seja, a da contenção do *jus punendi* estatal e, conseqüentemente, de proteção do acusado. No plano substancial, são pilares fundamentais o princípio da legalidade, da tipicidade e da mínima intervenção. O plano processual é construído a partir de garantias do acusado, tais como presunção de inocência e ne de bis in idem.



A despeito do já referido precedente do STF na Reclamação nº 2.138/DF, ao longo dos últimos 15 anos, passaram a prevalecer nos tribunais pátrios, capitaneados pelo STJ, diversos entendimentos no sentido de aplicar à ação de improbidade administrativa diferentes técnicas e princípios típicos das ações coletivas, a começar pelo fato de se reconhecer nela espécie do gênero "ação civil pública", muito embora não houvesse qualquer disposição na Lei nº 8.429/92 que lhe autorizasse a aplicação subsidiária ou supletiva da Lei nº 7.347/85 ou do CDC. Havia uma única referência (artigo 17, §3º, da Lei nº 8.429/92) a uma técnica específica da ação popular (artigo 6º, §3º, da Lei nº 4.717/65) e, de resto, o diploma legal de regência subsidiária era (e ainda é) o CPC (artigo 17, *caput*, da Lei nº 8.429/92).

Esse entendimento fundamentou, por exemplo, o alargamento do cabimento das medidas provisórias de indisponibilidade de bens e afrouxamento dos parâmetros de interpretação dos elementos objetivos e subjetivos dos tipos de atos ímprobos previsto nos artigos 9º a 11 da Lei nº 8.429/92. Na mesma linha, diversos tribunais passaram a admitir o reexame necessário das sentenças de improcedência ou extinção sem exame de mérito de ações de improbidade administrativa (o STJ chegou a afetar a matéria para julgamento em regime de recursos repetitivos, mas não chegou a definir a tese). Tornou-se comum em ações de improbidade administrativa movidas pelo MP a cumulação de pedidos de deveres de fazer e não fazer dirigidos à pessoa jurídica de direito público, bem como de anulação de atos administrativos.

O fundamento para essa constrição se apresentava, no mínimo, questionável. O simples fato de a ação de improbidade administrativa tutelar bens jurídicos de projeção transindividual — a probidade e a moralidade administrativas e a incolumidade do erário — não a transforma, por si só, em uma ação coletiva. Fosse assim, uma ação penal que imputasse ao acusado quaisquer dos "crimes contra a Administração Pública" (artigos 312 e ss., CP) sofreria a incidência dos mesmos princípios da tutela coletiva, o que a desvirtuaria por completo.

Em realidade, a ação de improbidade administrativa sempre foi instrumento inequivocamente sancionatório, e esse elemento se apresenta ausente dos demais meios de tutela de interesses transindividuais, como a ação popular (apta a desconstituir atos administrativo e a veicular pretensão ressarcitória) e as demais ações coletivas (que abrigam, sobretudo, tutelas específicas de deveres de fazer e não fazer aptas a recompor ou cessar a ameaças ou violações a direitos coletivos em sentido amplo).

Nesse contexto, a Lei nº 14.230/2021 tem por inequívoco objetivo reposicionar a ação de improbidade administrativa, afastando-a do microssistema de tutela dos interesses transindividuais e inserindo-a no amplo campo do "direito sancionador".

Direito sancionador

Acham-se englobados no chamado "Direito sancionador" as diversas expressões do jus puniendi estatal, que não se esgotam no Direito Penal, e se espraiam para o Direito Administrativo Sancionador e para outras manifestações do que se poderia denominar "processo judicial punitivo não penal" (na expressão usada por Sarah Merçon-Vargas, na obra "Teoria do processo judicial punitivo não-penal", Salvador: Juspodium, 2018), em especial a ação de improbidade administrativa e a ação prevista na Lei Anticorrupção (nº 12.846/2013).



Todos esses fenômenos compartilham os mesmos princípios de proteção ao acusado, tais como irretroatividade da lei mais severa, retroatividade da lei mais benéfica, presunção de inocência, *ne bis in idem*, mínima intervenção, insignificância, legalidade, tipicidade, entre outros.

A inequívoca opção legislativa se manifesta precipuamente em dois dispositivos: o artigo 1º, §4º (*"aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador"*), e o artigo 17-D, p.ú. (*"ressalvado o disposto nesta Lei, o controle de legalidade de políticas públicas e a responsabilidade de agentes públicos, inclusive políticos, entes públicos e governamentais, por danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, à ordem econômica, à ordem urbanística, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos e ao patrimônio público e social submetem-se aos termos da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985"*).

O primeiro dispositivo (re)aproxima a ação de improbidade administrativa do campo do Direito sancionador. O segundo sepulta o entendimento de que a ação de improbidade administrativa seria espécie do gênero ação civil pública.

Assentada essas premissas, compreendem-se com facilidade diversas inovações introduzidas pela Lei nº 14.230/2021.

Algumas disposições consagram entendimentos já acolhidas pelos tribunais anteriormente, tais como: 1) a inexistência de presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor (artigo 17, §19, I); e 2) a possibilidade de prosseguimento da ação apenas para ressarcimento de danos ao erário quando prescrita a pretensão à aplicação das sanções (artigo 17, §16).

Constituem maioria, contudo, as alterações do texto legal que contrariam entendimentos jurisprudenciais mais ou menos sedimentados antes do advento da reforma, tais como: 1) a obrigatoriedade de imputação clara em um único tipo de ato improbo, a que a sentença deve estar adstrita (artigo 17, §6º, I, §10-C, §10-D e §10-F, I); 2) a proibição de inversão do ônus da prova contra o réu (artigo 17, §19, II); 3) a proibição de propositura de duas ações de improbidade administrativa quanto aos mesmos fato, ainda que com base em tipificações distintas (artigo 17, §19, III); e 4) a proibição de reexame obrigatório das sentenças de improcedência ou extinção sem resolução de mérito (artigo 17, §19, IV). Destaquem-se, por fim, o direito do acusado ao interrogatório (artigo 17, §18), como instrumento de defesa (a exemplo do que se passa no processo penal), e não como meio de obter confissão (como normalmente se enxerga o depoimento da parte no processo civil). Há várias outros exemplos, mas esses bastam para comprovar a hipótese aqui colocada.

A reforma legislativa definitivamente separa as esferas de controle do administrador público e da Administração Pública. No primeiro campo, o objetivo é precipuamente punitivo e, portanto, aplicam-se os princípios e garantias do Direito sancionador que protegem o acusado. No segundo, o objetivo é a tutela de interesses transindividuais e, portanto, os instrumentos são construídos com a finalidade de proteger a coletividade.



Os instrumentos guardam em comum apenas o fato de que o MP tem legitimidade ativa para ambos (no primeiro caso, exclusiva; no segundo, concorrente com outros sujeitos). De resto, as leis de regência são diferentes (no primeiro, Lei nº 8.429/92 e, subsidiariamente, o CPC; no segundo, Lei nº 7.347/85 e CDC e, subsidiariamente, o CPC), bem como a própria estrutura dos processos.

Date Created

26/01/2022