

A insustentabilidade sistêmica do art. 17-D da nova Lei de Improbidade Administrativa: a criação de uma ação *sui generis* e o retrocesso protetivo de suas consequências

Rodrigo Otávio Mazieiro Wanis*

Sumário

1. Introdução. 2. A fundamentalidade do patrimônio público, da moralidade administrativa e da boa governança pública e o seu microssistema de tutela. 3. O art. 17-D da nova LIA: criação de uma ação *sui generis*? Ação Civil Pública x Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa. 4. Insustentabilidade sistêmica do dispositivo: controles de constitucionalidade e de convencionalidade. Interpretação sistêmica do Direito Coletivo. 5. Conclusões. Referências.

Resumo

O artigo pretende demonstrar que o art. 17-D da nova Lei de Improbidade Administrativa é juridicamente insustentável no Microssistema de Tutela do Patrimônio Público.

Palavras-chave: Ação *sui generis*. Insustentabilidade. Microssistema.

1. Introdução

No atual estágio de desenvolvimento dos direitos fundamentais, impõe-se uma relação de perfeita e correta adequação entre o direito processual e o direito material, principalmente no que importa à tutela coletiva de direitos difusos, como é o caso da defesa do patrimônio público, da probidade administrativa e da boa governança pública.

A criação, o desenvolvimento e o controle de um sistema normativo que se preste à efetiva tutela desses direitos difusos deve levar em conta, inexoravelmente,

* Doutorando em *Estado de Derecho y Gobernanza Global*, pela Universidade de Salamanca. Mestre em *Estrategias Anticorrupción y Políticas de Integridad*, pela Universidade de Salamanca. Pós-Graduado em "Prevenção e Repressão à Corrupção: aspectos teóricos e práticos", pela Universidade Estácio de Sá. Pós-Graduado em Direito Privado, pela Universidade Cândido Mendes. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Professor da FESP - Fundação Escola Superior do MPMG e de cursos de Pós-Graduação. Membro do Grupo Coordenador do FUNEMP/MPMG - Fundo Especial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

a natureza jurídica humana e fundamental de seu objeto de tutela, a fim de propiciar aos seus destinatários sua máxima efetividade, por meio de medidas preventivas e repressivas que concretizem o que foi estabelecido em seu epicentro constitucional – Constituição da República de 1988.

Com base nesta premissa fundamental, o presente trabalho analisa criticamente o texto do artigo 17-D, introduzido à Lei n. 8.429/92 pela Lei n. 14.230/21, sobre o qual propõe a realização de controles de constitucionalidade e de convencionalidade (Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção), bem como interpretação sistêmica, para concluir por sua insustentabilidade jurídica ante nosso Microsistema de Tutela do Patrimônio Público, sobretudo pelo retrocesso protetivo de suas consequências.

2. A fundamentalidade do patrimônio público, da moralidade administrativa e da boa governança pública e o seu microsistema de tutela

O principal fundamento da relevância de uma análise crítica e da hermenêutica eficiente das normas componentes de um sistema jurídico de tutela coletiva é a natureza jurídica do objeto protegido. Em se tratando de direitos transindividuais constitucionalizados, especialmente do patrimônio público, a visão do intérprete sobre o campo normativo deve ser diferente, há de ser sistêmica e prover-lhe a máxima efetividade protetiva, sob pena de proteção deficiente.

Ao identificar sujeitos ativos e passivos dos atos de improbidade, descrever condutas típicas e a elas cominar sanções, a Lei de Improbidade Administrativa visa, eminentemente, à proteção eficiente do patrimônio público, da probidade administrativa e do direito fundamental à boa administração pública. Por maior que tenha sido o esforço de identificá-la como norma puramente sancionadora e nela se fazer constar clara preocupação com os direitos e garantias individuais dos investigados/condenados, o intérprete não pode desconsiderar que a finalidade primordial da LIA é justamente a proteção do patrimônio público, da probidade administrativa e da boa governança, mesmo porque da própria sanção (cominada ou efetivamente aplicada) também decorrem indissociáveis efeitos preventivos.

A necessária evolução humana e as inúmeras transformações relacionais culminaram na consagração da existência societária e no surgimento do Estado como gestor da *res publica*, fundando-se, pois, a coletivização do patrimônio, a bem comunitário, como consequência natural dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade coletiva, consagrados internamente em nosso texto constitucional, respectivamente, como fundamento e como objetivo fundamental da república.¹

Unificando-se o conceito semântico aos conteúdos normativos específicos, com o complemento conceitual doutrinário, pode-se conceber o *patrimônio público* como o conjunto de bens e direitos (sociais e morais), de natureza móvel ou imóvel,

¹ Art. 3º, I, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

corpóreos ou incorpóreos, patrimoniais ou extrapatrimoniais pertencentes aos entes públicos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) da Administração Pública direta e indireta, mas à coletividade como titular ultimada, cuja conservação seja de interesse público e difuso, estando os administradores e os administrados responsáveis por sua efetiva tutela e sujeitos à responsabilização por eventuais danos de qualquer natureza.²

Esse conjunto de bens e direitos móveis ou imóveis, corpóreos ou incorpóreos, patrimoniais ou extrapatrimoniais, possui titularidade difusa, inserido, assim, na terceira dimensão de direitos fundamentais e decorre, logicamente, dos princípios da dignidade da pessoa humana e solidariedade ou fraternidade coletivas, consagrados no âmbito interno do texto constitucional pátrio, respectivamente, como fundamento e como objetivo fundamental da república.³

Com a mudança paradigmática das relações jurídico-sociais entre o homem e o Estado (antropocentrismo), surge o direito à proteção ao patrimônio público, à probidade administrativa e à boa administração pública⁴, como manifestação da dupla dimensão da cidadania, sendo o cidadão (concepção ampla) sujeito de direitos e de deveres, agora com responsabilidade social. Sob o influxo dos princípios republicano, democrático, da solidariedade coletiva e o da dignidade da pessoa humana, o indivíduo, seja ele administrador ou administrado, torna-se, simultaneamente, sujeito de direitos e de deveres, consumidor final do produto da gestão pública e potencial responsável pela prática ou proveito de atos ilícitos.

O reconhecimento e a proteção dos direitos fundamentais por parte do Estado não se exaurem em medidas de cunho negativo, de abstenção de ingerências ilícitas na esfera fundamental do ser humano. Para muito além disso, em especial no que respeita ao patrimônio público, pela força vinculante da Constituição, cabe ao Estado também proporcionar a efetivação desses direitos, numa máxima amplitude e eficiência do plano positivo dos direitos fundamentais⁵.

Pode-se inferir, portanto, que o patrimônio público, a moralidade administrativa e o direito à boa governança, tanto sob o aspecto subjetivo (titularidade individual e coletiva), quanto sob o aspecto objetivo (ordem jurídica), foram cunhados, externa e internamente, como direitos fundamentais, a bem da dignidade da pessoa humana, sendo parâmetros básicos para a interpretação e a concretização da própria ordem

² Por essa concepção ampliativa, considerar-se-á o patrimônio público como continente, do qual a probidade administrativa e boa governança são conteúdos.

³ Cf. art. 3º, I, da Constituição da República de 1988.

⁴ Apesar de não haver previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro sobre o direito fundamental à boa administração pública, ele pode ser inferido como um dos fundamentos constitucionais do próprio regime republicano, do Estado Democrático de Direito e da Administração Pública. Cf. VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Direito fundamental à boa administração e governança*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 81. Incluímos neste conceito a ideia indissociável de probidade administrativa, continente, segundo expressiva corrente doutrinária ampliativa, da moralidade administrativa (GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 9ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 106).

⁵ ALMEIDA, Gregório Assagra. O Ministério Público no Neoconstitucionalismo: Perfil Constitucional e Alguns Fatores de Ampliação de sua Legitimação Social. In: CHAVES, Cristiano; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson. *Temas atuais do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 55-124.

jurídica e da fixação dos balizos e valores do próprio Estado Democrático de Direito⁶. Por sua própria natureza jurídica, reclama tutela ampla e irrestrita, porque, conforme Fernando Rodrigues Martins, “a malversação do patrimônio público fere a concepção deontológica de um direito fundamental e importa na desapropriação violenta e lesiva de uma coletividade.”⁷

Sob o aspecto objetivo, o caráter fundamental do patrimônio público ressaí de seu conteúdo econômico (dinheiro público), advindo da arrecadação tributária estatal, vinculando-se a sua utilização, por mandamentos constitucionais e legais cogentes, para a concretização de todos os outros direitos fundamentais (sobretudo os sociais) de titularidade coletiva. Sob o aspecto subjetivo, seu caráter fundamental decorre de sua titularidade difusa, a bem do interesse comum.

Nesta perspectiva evolutiva, esses direitos são objeto de proteção internacional e nacional e estão presentes em diversos documentos internacionais de posituação de direitos humanos: Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789); Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), Convenção Interamericana Contra a Corrupção (1996) e, entre outros, especialmente, na Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (2003), mais eloquente instrumento internacional anticorrupção, incorporado ao nosso ordenamento jurídico em 2006, com a promulgação do Decreto n. 5.687, de 31 de janeiro.

Mas é no âmbito interno de nosso sistema jurídico que esses direitos se reconhecem como fundamentais, inseridos no terceiro estrato dimensional-evolutivo como direitos transindividuais difusos⁸ e tutelados não somente pela Constituição da República de 1988⁹, mas por diversas normas infraconstitucionais, especialmente pela Lei n. 8.429/92 – Lei de Improbidade Administrativa –, recentemente reformada – ou desmantelada – pela chamada Nova Lei de Improbidade Administrativa – Lei n. 14.230/21 –, que entrou em vigor em 25 de outubro de 2021. Trata-se, portanto, de direitos difusos de terceira dimensão, decorrentes dos princípios constitucionais republicano, democrático e da solidariedade coletiva, bem como, sob o manto do princípio da proibição administrativa, são garantias individuais constitucionais fundamentais do cidadão e da própria nação brasileira (arts. 1º, 3º, I, 37, § 4º, 85, V, c/c o art. 5º, § 2º, da CR/1988).

A par das previsões típicas criminais existentes desde 1940 (artigos 317 e 333 do Código Penal Brasileiro), antes mesmo do surgimento da Lei nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública) – considerada o grande marco normativo de surgimento da tutela

⁶ Por fins didáticos, já feita a diferenciação conceitual, ao se tratar de tutela coletiva doravante, adotar-se-á a ideia ampliada de “patrimônio público” como continente da proibição administrativa e do direito à boa administração pública.

⁷ MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do Patrimônio Público*. Comentários à Lei de Improbidade Administrativa. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 64.

⁸ A indicação difusa do patrimônio público e sua proteção, como espécies de direito transindividual, cuja divisão em difusos, coletivos e individuais homogêneos é expressa no art. 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8078/90.

⁹ Artigos 5º LXXIII e 129, III, ambos da CR/88, entre outros dispositivos.

coletiva no Brasil –, movimento seguido pela própria Constituição da República de 1988 e pela Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), já vigorava a Lei nº 4.717/65 (Lei da Ação Popular), que instrumentalizava a pretensão protetiva de alguns direitos coletivos, em especial, o patrimônio público.

Esse *microssistema* é um conjunto de normas protetivas e sancionadoras extrapenais, as quais descrevem condutas, estabelecem procedimentos próprios, garantias individuais, espécies de tutela administrativa e judicial e ainda cominam sanções, de diversas naturezas, nas distintas e relativamente intercomunicáveis instâncias de responsabilização¹⁰.

Além do estabelecimento do objeto material coletivo de proteção (direitos difusos)¹¹, a LACP trouxe inovações transformadoras ao sistema processual civil pátrio da mais alta relevância: a legitimação ativa coletiva concorrente (art. 5º); a consagração da consensualidade, por meio do compromisso de ajustamento de conduta (art. 5º, § 6º); tutela específica, liminar *inaudita altera pars* e medidas cominatórias (art. 11), coisa julgada coletiva (art. 16) e o estabelecimento de regras processuais para o processo coletivo.

Seguindo no tempo, vieram a lume as previsões normativas materiais e processuais da Constituição da República de 1988, que revelam os mais sensíveis fundamentos da tutela coletiva brasileira, por meio de um sistema jurídico aberto de direitos fundamentais (§ 2º do artigo 5º), dinâmico (princípio democrático, *vide* art. 1º) e de tutela jurisdicional ampla e irrestrita (princípio do acesso à Justiça, do art. 5º, XXV). Registre-se, ainda, a disposição do artigo 129, III, consagradora do princípio da não taxatividade do objeto material da tutela coletiva pelo Ministério Público, reafirmado, genericamente e depois, pelo art. 83 do Código de Defesa do Consumidor.

Por fim, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), ao inserir na LACP o artigo 21, criou o transformador *Microssistema de Tutela Jurisdicional Coletiva Comum*, resultante da integração e interação entre as disposições processuais da Lei nº 9.078/90 e a Lei nº 7.437/85 (art. 90 do CDC e art. 21 da LACP). Trata-se de um conjunto de normas materiais e processuais coletivas comuns, ou seja, aplicáveis a toda hipótese de proteção jurisdicional de direitos coletivos, inclusive e especialmente à tutela do patrimônio público, o que, conforme se demonstrará, inadmitte a teratológica exclusão realizada pelo art. 17-D da Nova LIA. O CDC trouxe, ainda, disposições conceituais e tripartites sobre os direitos coletivos (art. 81, parágrafo único) e sobre a coisa julgada coletiva (art. 103).

¹⁰ A Nova Lei de Improbidade trouxe norma inconstitucional (violação dos princípios da isonomia, do devido processo legal, da obrigatoriedade da ação do Ministério Público e do juiz natural) e inconvenção (artigos 30, 34, 41 e 42 da Convenção da ONU Contra a Corrupção) sobre isso, no § 4º do art. 21, prevendo a comunicabilidade incondicionada da instância cível à criminal, qualquer que seja o fundamento da decisão absolutória.

¹¹ Registre-se que, originalmente, o sistema implantado pela LACP era o da *taxatividade do objeto material*, o que restou ultrapassado, posteriormente, pelas disposições materiais e processuais coletivas da Constituição da República, de 1988 e do Código de Defesa do Consumidor, que resultaram na alteração da norma do art. 1º, IV, da Lei nº 7347/1985, para nele incluir *qualquer outro interesse difuso ou coletivo*.

Esse microcosmos normativo de tutela coletiva genérica é informado por princípios de Direito Material e Processual Coletivo, com a finalidade de viabilizar a máxima efetividade na proteção dos direitos difusos, em especial do patrimônio público. Todos eles servem de fundamento para a implementação de mecanismos de maior eficiência no controle preventivo e repressivo da corrupção, destacadamente pelo Ministério Público.

O sistema normativo brasileiro é pródigo em proteção ao patrimônio público (*lato sensu*), pelo que, é possível que uma só conduta (unicidade da conduta) figure como ilícito penal, civil, administrativo e até político (multiplicidade típica), propiciando a responsabilização em cada seara do direito (multiplicidade de sanções).

Ocorre que, até a edição da originária Lei de Improbidade Administrativa, em 1992, a responsabilização para os atos dessa natureza era ainda tímida, sujeitando o autor da ilicitude apenas à responsabilização criminal (acaso crime fosse o fato), ao ressarcimento dos danos eventualmente causados (responsabilidade civil), às sanções decorrentes de um processo administrativo disciplinar e, por fim, à parca responsabilização política.¹²

Exibindo uma rara boa técnica legislativa, a originária Lei nº 8.429/92 inovou no ordenamento jurídico, ao dispor, em regime próprio e bem sistematizado, basicamente sobre: legitimados ativos e passivos dos atos de improbidade administrativa; legitimados processuais ativos e passivos; tipificação específica dos de improbidade administrativa; medidas cautelares específicas; sanções para os sujeitos ativos dos atos; regras procedimentais administrativas e judiciais, coisa julgada e prescrição da pretensão sancionatória.

Especificamente quanto à proteção extracriminal do patrimônio público (*lato sensu*), complementarmente ao referido microsistema de tutela coletiva comum (CR/88; LAP; LACP; CDC e CPC), foram editadas diversas normas contendo medidas de prevenção e repressão à improbidade administrativa, inclusive com referências típicas específicas, compondo-se o chamado *Microsistema de Tutela do Patrimônio Público*¹³: Lei nº 9.504/1997 (Lei das Eleições); Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal); Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade); Lei nº 12.257/2011 (Lei de Acesso à Informação); Lei nº 12.813/2013 (Lei do Conflito de Interesses), Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção ou Lei de Responsabilização das Pessoas Jurídicas) e Decreto nº 9.203 (Governança).

¹² Salvo a Constituição Imperial de 1824, todas as Constituições Republicanas previram a responsabilização do Chefe do Executivo por infrações à probidade administrativa. Em âmbito infraconstitucional, citam-se as normas precedentes à LIA: Lei nº 3.164/1957; Lei nº 3.152/1958; Atos normativos publicados durante o período da Ditadura Militar e Lei nº 4.717/1965.

¹³ Defendemos a ideia da existência de um continente "*Microsistema Anticorrupção*", que estabelece a tipificação, os procedimentos, as garantias e as respectivas sanções a determinadas condutas qualificadas no conceito analítico de corrupção (VALDÉS, Garzón, 1997), em todas as possíveis instâncias de responsabilização de determinado ordenamento jurídico (criminal, administrativo, político e civil), do qual é conteúdo o chamado *Microsistema de Tutela do Patrimônio Público*, formado por um conjunto de normas extrapenais que possibilitam a tutela dessa categoria de direitos difusos e a responsabilização civil dos autores, do qual se destaca a Lei de Improbidade Administrativa.

Exposto esse quadro, o importante e salutar é que sobre todo esse arcabouço normativo, desenvolvido no tempo e a duras penas, deve recair uma interpretação sistemático-teleológica, envolta pelos princípios de direito material e processual coletivos, para que dele se extraia a máxima efetividade e amplitude na proteção do patrimônio público, possibilitando-se a proteção desses interesses e a responsabilização dos agentes ilícitos em seu mais alto grau e nas diversas e relativamente independentes instâncias de responsabilização, diferentemente do que dispõem o novo artigo 17-D, introduzido à LIA pela Lei n. 14.230, de 25 de outubro de 2021.

3. O art. 17-D da nova LIA: criação de uma ação *sui generis*? Ação Civil Pública x Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa

Premissa básica de hermenêutica é a ideia de que o texto normativo, por si só, apenas expressa símbolos linguísticos, devendo o seu conteúdo ser extraído pelo intérprete, para que, daí sim, produza efeitos na realidade fenomênica humana. Nas palavras de Eros Roberto Grau, o “texto, preceito, enunciado normativo é alográfico. Não se completa no sentido nele impresso pelo legislador. A ‘completude’ do texto somente é realizada quando o sentido por ele expressado é produzido, como nova forma de expressão, pelo intérprete.”¹⁴ E outra conclusão não se pode chegar a de que, além da péssima redação, o art. 17-D da Nova Lei de Improbidade Administrativa¹⁵ seguiu a lógica da leniência interpretativa do direito sancionador brasileiro e consagrou uma teratológica extração da respectiva ação civil pública (ou *ação sui generis* criada) do Microssistema de Tutela do Patrimônio Público.

Antes de analisar detidamente o texto do dispositivo e fundamentar sua falta de sustentação sistêmica conforme a CR/88, a Convenção de Mérida e todo o Microssistema de Tutela do Patrimônio Público, vale trazer à tona a discussão sobre a qual ramo do Direito pertenceria a Lei de Improbidade Administrativa que, embora de somenos importância pragmática, parece ter sido a origem teórica dessa dissonante redação legal.

Para significativa parte da nacional¹⁶ e internacional, que tem como precursor o espanhol Alejandro Nieto¹⁷, a classificação ou definição da instância do Direito

¹⁴ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 83.

¹⁵ “Art. 17-D. A ação por improbidade administrativa é repressiva, de caráter sancionatório, destinada à aplicação de sanções de caráter pessoal previstas nesta Lei, e não constitui ação civil, vedado seu ajuizamento para o controle de legalidade de políticas públicas e para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

Parágrafo único. 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.”

¹⁶ Neste sentido, por todos, cite-se Emerson García.

¹⁷ NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 2. ed. Madri: Tecnos, 1993, p. 182

Sancionador deve tomar como critério diferenciador a autoridade aplicadora das sanções, pelo que, portanto, a LIA seria norma de direito sancionador de natureza civil, e não de direito administrativo sancionador. Em sentido contrário, que parece ter sido a inspiração teórica da truncada redação do novo art. 17-D, temos a doutrina nacional encabeçada por Fábio Medina Osório, que, em uma leitura peculiar da doutrina espanhola, passou a adotar como parâmetro classificatório do Direito Sancionador a relação jurídica base, para considerar, portanto, a LIA como norma de Direito Administrativo Sancionador.¹⁸

Dispensando-se digressões mais aprofundadas sobre essa dicotomia dogmática, por ser inoportuna, percebe-se que a ânsia de fazer prevalecer um posicionamento doutrinário classificatório de que a LIA se inseriria no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, serviu de fonte para a tentativa de criação de uma “ação *sui generis*” na segunda parte do *caput* do art. 17-D – “(...) e não constitui ação civil” –, que não seria penal nem civil (???). Fica a pergunta: qual seria a espécie de uma ação que visa, exclusivamente, à aplicação, por uma autoridade jurisdicional, de sanções com restringem direitos políticos e econômicos dos réus, mas que, por disposição legal, não é penal nem é civil?

Essa trecho do artigo 17-D causa grande perplexidade, à luz do sistema jurídico nacional, especialmente do Direito Processual Coletivo, claramente dicotômico em relação aos ramos do Direito Sancionador em que se podem exercer a pretensão estatal punitiva contra a corrupção (*lato sensu*): ou a ação é penal (art. 129, I e art. 37, § 4º, parte final, ambos da CR/88), para aplicação de uma pena; ou a ação é de cunho civil (Ação Civil Pública para Responsabilização por Ato de Improbidade Administrativa), para a aplicação das sanções previstas na LIA (e demais tipos de tutela, como sustentamos).

Portanto, não há como se conceber, sob o pálio da mencionada *summa divisio* do sistema jurídico brasileiro, um *tertium genus* de ação para a responsabilização por improbidade administrativa que não seja civil; e mais, que não seja, pelas razões adiante esposadas e respeitadas as posições em contrário, uma verdadeira espécie de Ação Civil Pública.

A primeira parte da cabeça do artigo já demonstra a intenção do legislador em impossibilitar a incidência do princípio da não taxatividade da tutela coletiva, ao restringir o pedido da ação por improbidade administrativa exclusivamente à aplicação das sanções previstas na respectiva lei. O dispositivo já inicia nominando a ação de “ação por improbidade administrativa”, a demonstrar a vontade legislativa de, acolhendo parte da doutrina nacional, retirá-la, de forma inconstitucional e inconveniente, do catálogo de Ação Civil Pública e da incidência interoperante do microsistema de tutela coletiva do patrimônio público.

O fundamento de classificação desta ação como uma ação própria, fora da categoria da ação civil pública, é que a responsabilização pela prática de atos de improbidade administrativa estaria inserida na tutela de *interesse público* e não de

¹⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 62.

interesse difuso. Para essa corrente, a ação, no caso, não seria uma ação civil pública, mas uma “ação de improbidade administrativa” (como reza o novo artigo 17-D), já que não se destinaria à tutela de interesses ou direitos transindividuais ou de grupos. Neste sentido, Marcelo Figueiredo afirma que esta ação de improbidade administrativa teria mais proximidade com a ação popular do que com a ação civil pública¹⁹.

A sustentação desta obtusa diferenciação dogmática entre a Ação por Improbidade Administrativa (art. 17-D, *caput*, da Lei nº 8.429/1992) e a Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985), agora reforçada pelo *caput* do artigo 17-D, por seu parágrafo único e pelo § 16 do artigo 17 se funda na separação dogmática dos interesses tutelados (dicotomia ou tricotomia dos interesses)²⁰ e no princípio da especialidade, pelo qual a LIA disciplinou a respectiva ação com distinção de natureza (natureza *sui generis*), contornos e regramentos próprios.²¹

De outro lado, Hugo Nigro Mazzilli²² que, há muito tempo, ao tratar da origem do instituto, já sustentava que “a rigor, ação civil pública é a ação não penal, proposta pelo Ministério Público”²³, defende que a ação para a responsabilização por ato de improbidade administrativa é sim espécie de ação civil pública, contudo, afirma que a defesa da probidade administrativa não é tutela de interesse transindividual, de grupos, classes ou categorias de pessoas, mas sim de interesse público primário (bem geral da coletividade), de forma que para tanto está legitimado o Ministério Público para a defesa, via ação civil pública, do patrimônio público e da moralidade administrativa.

A nosso sentir, trata-se, claramente de ação civil pública – *Ação Civil Pública para Responsabilização pela Prática de Ato(s) de Improbidade Administrativa*, que possui natureza jurídica de garantia constitucional fundamental, conforme se extrai tanto do seu objeto material, que é composto dos direitos coletivos como direitos fundamentais (Título II, Capítulo I, da CF/1998), quanto da cláusula aberta dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais (§ 2º do art. 5º e art. 129, III, ambos da CR/88). E, na condição de garantia constitucional fundamental, não pode ser alijada do referido microcosmos normativo de proteção ao patrimônio público, sob pena de inconstitucionalidade e inconvenção.

¹⁹ FIGUEIREDO, Marcelo. Ação de improbidade administrativa, suas peculiaridades e inovações. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coords.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*, p. 287.

²⁰ Sobre a divisão dogmática dos interesses jurídicos, ver ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das Ações Constitucionais*. Belo Horizonte. Del Rey. 2007, p. 69-74.

²¹ Citamos: José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de Direito Administrativo*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 890-891. WALD, Arnoldo; 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 12/05/2019. PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas*, 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 197.

²² MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 245-247.

²³ Esse posicionamento do renomado autor existe há mais de 20 anos e leva em conta o critério subjetivo da legitimação processual coletiva do Ministério Público. Cf. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses públicos em juízo*, 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 65.

Como já registrado alhures, a proibidade administrativa é exigência do Estado Democrático de Direito e o seu controle jurisdicional é feito, em regra, por intermédio de uma ação coletiva que é a ação civil pública, com pedido de aplicação de sanções legalmente previstas para o agente autor da improbidade ou para quem tenha concorrido para a sua prática. Além disso, pela leitura da parte final do § 4º do art. 37 da CR/88 (“sem prejuízo da ação penal cabível”) e, levando-se em conta que, na repartição constitucional da jurisdição comum²⁴, somente existem os ramos criminal e civil, não há – por inclusão ou exclusão – como se afastar a ideia de que se trata de ação *civil* e, como se refere à defesa de interesse difuso, é *ação civil pública* (art. 1º, VIII da Lei nº 7.347/85, c/c art. 83 do CDC), aplicando-se-lhe todos os influxos do microsistema de tutela coletiva.

Ora, o dever de obediência ao princípio da proibidade administrativa pelo administrador e, até mesmo pelo particular, decorre, por outro lado, de um direito constitucional fundamental da sociedade, da nação, de todos os administrados difusamente considerados de terem uma administração subjetivamente honesta e objetivamente ética e cumpridora dos seus deveres legais e constitucionais. Nesses casos, a tutela jurisdicional possui dupla dimensão: é tutela de interesse público, mas também de interesse ou direito transindividual (difuso). E a ação é uma espécie de ação civil pública. O próprio texto constitucional ainda deixa claro que a ação civil pública poderá tutelar o patrimônio público e social (art. 129, III, da CR/1988), sem estabelecer qualquer restrição – princípio da não taxatividade –, sendo essa a orientação constante na Súmula 329 do STJ.²⁵

Tomando por base dogmática todo o desenvolvimento principiológico-normativo dos direitos materiais e processuais transindividuais, esse entendimento separatista e restritivo não nos afigura, *concessa venia*, como o mais apropriado ou, até mesmo, relevante, quando se trata de tutela processual coletiva de direitos e garantias fundamentais, tais como a tutela do patrimônio público.

À luz de princípios de direito material e processual coletivo, notadamente, o da não taxatividade da ação coletiva (art. 83 do CDC), o da máxima efetividade do processo coletivo e o do máximo benefício da tutela coletiva comum, a análise dos textos normativos de proteção do patrimônio público reclama interpretação ampliativa, agregadora, teleológico-sistemática, de modo a torná-los interoperantes, como um verdadeiro *Microsistema de Tutela do Patrimônio Público*, que não admite cisão casuística nem proteção deficiente.

Trilhando essa mesma linha de raciocínio, Emerson Garcia assim assevera:

²⁴ A Jurisdição no Brasil pode ser dividida em Comum (criminal e civil) e Especializada, esta que contém a Justiça Eleitoral, Militar e do Trabalho.

²⁵ WANIS, Rodrigo Otávio Mazieiro; ALMEIDA, Gregório Assagra de. A ação de improbidade administrativa como modalidade de ação civil pública: aplicabilidade dos princípios e das diretrizes interpretativas do direito processual coletivo no plano do processo que tem como objeto o combate aos atos de improbidade. In. *Ministério Público, constituição e acesso à justiça*: abordagens institucional, civil, coletiva e penal da atuação do Ministério Público. ALMEIDA, Gregorio Assagra de; CAMBI, Eduardo; MOREIRA, Jairo Cruz. Orgs. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 995.

Equivocada assim, data venia a assertiva do descabimento da ação civil pública com vistas ao ressarcimento dos danos causados ao erário e à aplicação das sanções do art. 12 da Lei nº 8.429/92 em razão do suposto rito especial adotado pela Lei nº 7.347/85. Equivocada, rogata venia, não só porque o rito da ação civil pública não é especial, como também, mesmo que especial fosse, ou venha a ser, porque a questão do procedimento, para fins de incidência da Lei, e sua técnica protetiva, como visto, é de nenhuma importância.²⁶

Registra-se também não ser o melhor entendimento o de que a ACP seria descabida em casos de improbidade, uma vez que a estéril limitação do provimento jurisdicional, prevista no art. 3º da LACP (condenação ao ressarcimento em dinheiro e/ou cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer), já foi suprimida pelo artigo 83 do CDC, que determina a utilização de *todas* as espécies de ações (e provimentos jurisdicionais) capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela de todos os direitos e interesses transindividuais, entre os quais, o patrimônio público e a probidade administrativa.

Por derradeiro, a regra do art. 13 da LACP não é impeditiva da utilização deste tipo de ação na defesa do patrimônio público, bastando que se utilize, sistematicamente, o disposto no artigo 18 da LIA e no artigo 17 da Lei da Ação Popular, revertendo-se o ressarcimento ao erário ao ente lesado, plenamente identificável.

Dando concretude a esse entendimento, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já se firmou pela aplicação conjunta das normas em comento, formadoras do microssistema de tutela coletiva, sendo uníssona pela possibilidade de cabimento de ação civil pública no campo da improbidade administrativa, a exemplo do conteúdo dos acórdãos proferidos no REsp nº 108.5218-RS e no REsp nº 154.128-SC²⁷. Pinçamos do primeiro aresto substancial trecho, que bem assenta a adequação/cumulação dos pedidos ressarcitórios e sancionatórios do art. 12 da LIA à categoria de ação civil pública e que, por controle difuso de constitucionalidade e de convencionalidade, pode ser perfeita e continuamente aplicado após a entrada em vigor da nova LIA, afastando-se a incidência do art. 17-D para todos os fins restritivos que pretendeu veicular em patente retrocesso protetivo ao patrimônio público:

[...]

9. A doutrina do tema referenda o entendimento de que “A ação civil pública é o instrumento processual adequado conferido ao Ministério Público para o exercício do controle popular sobre os atos dos poderes

²⁶ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 6ª ed., rev. e ampl. e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 742-743.

²⁷ REsp nº 108.5218-RS, 1ª T., Relator Min. Luiz Fux, j. 15/10/2009, DJ 06/11/2009 e REsp nº 154.128-SC, 1ª T., Relator Min. Milton Luiz Pereira, j. 11/05/1998, DJ 18/12/1998. No mesmo sentido, entre outros: REsp. nº 167.344-SP, DJ 19/10/1998; REsp. nº 149.096-MG, DJ 30/10/2000

públicos, exigindo tanto a reparação do dano causado ao patrimônio por ato de improbidade quanto à aplicação das sanções do art. 37, § 4º, da Constituição Federal, previstas ao agente público, em decorrência de sua conduta irregular.

(...)

Torna-se, pois, indiscutível a adequação dos pedidos de aplicação das sanções previstas para ato de improbidade à ação civil pública, que se constitui nada mais do que uma mera denominação de ações coletivas, às quais por igual tendem à defesa de interesses meta-individuais.

*Assim, não se pode negar que a Ação Civil Pública se trata da via processual adequada para a proteção do patrimônio público, dos princípios constitucionais da administração pública e para a repressão de atos de improbidade administrativa, ou simplesmente atos lesivos, ilegais ou imorais, conforme expressa previsão do art. 12 da Lei 8.429/92 (de acordo com o art. 37, § 4º, da Constituição Federal e art. 3º da Lei n.º 7.347/85)” (Alexandre de Moraes in *Direito Constitucional*, 9ª ed., p. 333-334).*

Em verdade, o debate teórico gira em todo, especialmente, das classificações dicotômica (interesses públicos e privados) e tricotômica dos interesses (interesses públicos, privados e transindividuais). Geralmente parte daqueles que defendem a classificação tricotômica afirmam que a ação civil pública só poderia tutelar interesses transindividuais e a tutela da probidade administrativa seria espécie de interesse público. Contudo, por razões sistêmicas e em atendimento aos princípios da solidariedade coletiva e da máxima efetividade da tutela coletiva, entendemos que a leitura da Constituição (art. 129, III, da CR/1988) reclama a adoção da teoria dicotômica constitucionalizada (Título II, Capítulo I da CR/1988): direitos ou interesses individuais e direitos ou interesses coletivos, que constitui a nossa “*Summa Divisio*” do Sistema Jurídico brasileiro²⁸. Sob o ponto de vista material da questão, o patrimônio público, enquanto consequência dos princípios republicano e da solidariedade coletiva, se consubstancia em direito metaindividual fundamental, coletivo *lato sensu*. Sob o aspecto subjetivo, da legitimidade processual do Ministério Público, não cabe à Instituição tutelar interesse público que não seja transindividual (gênero), por expressa vedação do art. 129, IX (representação judicial).

Afere-se, pois, que a diferenciação doutrinária e legal (inconstitucional e inconveniente) entre as espécies de ação para a tutela coletiva específica do patrimônio público não pode sobrepujar o interesse público primário de sua tutela maximamente eficaz, tendo em vista que hermenêutica reclamada, sobretudo em se tratando de

²⁸ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

direitos e garantias fundamentais, deve ser a de interpretação teleológica-sistemática, de máxima proteção a esses direitos fundamentais.

4. Insustentabilidade sistêmica do dispositivo: controles de constitucionalidade e de convencionalidade. Interpretação sistêmica do Direito Coletivo

O artigo 17-D foi introduzido na Lei n. 8.429/92 pela Lei n. 14.230, de 25 de outubro de 2021, alterou, substancialmente, a redação anterior do dispositivo que tratava da ação para responsabilização pela prática de atos de improbidade administrativa e que nada dispunha sobre sua natureza jurídica ou sobre limitação de seu objeto.

Fruto de pressões internas e externas ao Parlamento, à justificativa (pretexto) de promover uma “revisão redacional de adaptação de linguagem”, adequações à realidade social, à jurisprudência nacional²⁹ e para refrear um pretenso “punitivismo” na seara da improbidade administrativa³⁰, o Congresso Nacional fulminou o anteprojeto de reforma à LIA, resultante dos eméritos trabalhos de uma comissão de juristas, presidida pelo Ministro Mauro Campbell Marques, e promoveu o texto substitutivo, cujo regime de “urgência” foi deliberado em 8 minutos na Câmara dos Deputados, aprovado no Senado Federal e sancionado sem qualquer veto.

A redação dada ao art. 17-D é consequência deste contexto, além de manifestar a clara intenção de confirmar legalmente um posicionamento doutrinário sobre o ramo do Direito a que pertenceria a LIA (Direito Administrativo Sancionador) e sobre a natureza jurídica da respectiva ação – natureza de ação própria, *sui generis* ou *tertium genus* (???) –, o que acaba por implodir, inconstitucional e inconventionalmente (Convenção de Mérida), o Microsistema de Tutela do Patrimônio Público, por dele extirpar a ação civil pública para responsabilização pela prática de improbidade administrativa e, consequentemente, inviabilizar diversas potencialidades instrumentais do processo coletivo como, por exemplo, a acumulação de pedidos não sancionatórios e os efeitos da coisa julgada coletiva.

Para sanar o anacronismo e a inadequação do artigo 17-D da LIA ao sistema jurídico brasileiro, até que a questão seja levada à apreciação constitucional e convencional do Supremo Tribunal Federal³¹, com efeitos *erga omnes* (Ação Direita de Inconstitucionalidade ou efeitos gerais em julgamento de Recurso Especial com repercussão geral), o que se propõe é a realização de controles difusos de

²⁹ Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0kqo709qqh4f65uzv33ijhoy213335112.node0?codteor=1687121&filename=PL+2505/2021+%28N%C2%BA+Anterior:+pl+10887/2018%29.> Acesso em 29 de dez. de 2021.

³⁰ Os dados empíricos revelam justamente o oposto: um cenário de desoladora impunidade. Conforme informações do Conselho Nacional de Justiça, menos de 40% da META 4 da ENASP – identificar e julgar 70% percentual de ações de improbidade administrativa, de ações penais relacionadas a crimes contra a Administração Pública e de ilícitos eleitorais – foram cumpridos no ano de 2019.

³¹ STF, ADI 5.240/15, rel. min. Teori Zavascki.

constitucionalidade³² e de convencionalidade³³ (Convenção de Mérida - Decreto n. 5.687/2006), bem como uma interpretação sistêmica (Microsistema de Tutela do Patrimônio Público), à luz dos princípios de direito material e processual coletivo, para afastar os efeitos deletérios do citado dispositivo legal cujas consequências representam enorme retrocesso protetivo aos direitos fundamentais.

No intuito de acentuar a narrativa sobre o “rigor penalizante” da LIA, o texto do novo dispositivo já começa por ignorar os efeitos preventivos (gerais e especiais, negativos e positivos) decorrentes de qualquer norma sancionadora que estabeleça preceitos primários e secundários de responsabilização³⁴, ao dizer que a “ação por improbidade administrativa é repressiva (...)”. Esta passagem do texto exclui, de pronto e implicitamente, a possibilidade de manejo de qualquer outro pedido que não seja o sancionatório específico (repressivo), o que é reforçado no seu parágrafo primeiro, remissivo aos termos da LACP para o “(...) controle de legalidade das políticas públicas e responsabilidade de agentes públicos” por danos causados a todos os direitos metaindividuais.

Esse trecho inicial do artigo 17-D ainda apresenta duas redundâncias atécnicas: a) dispor que a ação, exclusivamente repressiva, possui “(...) caráter sancionatório, destinada à aplicação de sanções de caráter pessoal previstas nesta Lei (...)”, como se pudesse ter outro caráter que não o sancionatório, já que se destina, exclusivamente, à aplicação das sanções pela mesma lei definidas; b) prever desnecessariamente que as sanções possuem caráter pessoal, princípio básico de Direito Sancionador, qualquer que seja sua instância de responsabilização, conforme o disposto no art. 5º XLV, da CR/88³⁵, com a exceção da transmissibilidade sucessória da obrigação de ressarcimento ao erário, expressa no art. 8º da própria LIA³⁶.

³² Perante os Tribunais, a inconstitucionalidade incidental pode ser arguida por meio de incidente de inconstitucionalidade, regulado pelos arts. 948 a 950 do Código de Processo Civil.

³³ A literatura aponta que origem da expressão “controle de convencionalidade” remonta à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no julgamento do caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Mas, foi a partir do caso *Arellano Almonacid vs. Chile* que o tribunal inaugurou a chamada “doutrina do controle de convencionalidade”, incorporada posteriormente ao nosso sistema jurídico nacional. Cite-se trecho do julgamento: “A Corte tem consciência de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, são obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Mas quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato estatal, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuídos pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e a seu fim e que, desde o início, carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de ‘controle de convencionalidade’ entre as normas jurídicas internas aplicadas a casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não apenas o tratado, mas também a interpretação que a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana, fez do mesmo” (Corte IDH, Caso Almonacid Arellano. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 126).

³⁴ SCHECAIRA, Sérgio Salomão; JÚNIOR, Alceu Correa. *Teoria da pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

³⁵ As garantias fundamentais da ampla defesa, do devido processo legal, do contraditório e da pessoalidade das sanções são aplicáveis a qualquer instância de responsabilização, salvo quanto à reparação dos danos e perdimento de bens, conforme o próprio art. 5º, XLV, da CR/88.

³⁶ Registre-se, por oportuno, nosso posicionamento pela inconstitucionalidade do art. 8º da LIA (nova redação), que limitou a transmissibilidade sucessória das sanções apenas ao ressarcimento ao erário, em clara afronta ao art. 5º, XLV, da CR/88, aplicável à responsabilização por improbidade administrativa, mas que excetua do personalismo sancionador também a perda de bens, até o limite da herança. Todas as

A dissonância sistêmica do dispositivo não se esgota nesta primeira parte, o que se percebe da excêntrica categorização excludente *sui generis* presente em sua segunda parte – “(...) e não constitui ação civil” –, que já restou analisada alhures e que acaba por violar dispositivos constitucionais e convencionais.

Por fim, o parágrafo primeiro do dispositivo vai de encontro ao brocardo latino *verba cum effectu sunt accipienda* (a lei não contém palavras inúteis), uma vez que, na pretensão de excluir outras tutelas que não sejam a aplicação das sanções do art. 12, o dispositivo fez remissão inútil ao que já é regulado pela Lei n. 7.43/85, bastando, para tanto, a previsão do *caput*.

Ao pretender criar uma “terceira espécie de ação” em nosso sistema jurídico sancionador, o artigo 17-D ofende diversos dispositivos previstos na Constituição da República de 1988 que foram instituídos para propiciar, direta ou indiretamente, a mais ampla e eficiente proteção ao patrimônio público.

De início, ofende o § 4º do artigo 37 da CR/88, que dispôs claramente sobre a dicotomia sancionatória para os atos de improbidade administrativa pelas searas cível e criminal, viabilizadas, respectivamente e perante o Poder Judiciário, pela ação civil pública para responsabilização por atos de improbidade administrativa e pela ação penal pública incondicionada. Bastaria uma simples leitura da parte final do referido dispositivo constitucional para se compreender, por exclusão lógica, a natureza cível da ação de improbidade, regulada pela LIA.

E a inconstitucionalidade, neste particular, não decorre apenas da simples contrariedade literal ao texto constitucional, mas principalmente porque, ao conferir uma natureza jurídica específica à ação para responsabilização pela prática de atos de improbidade – que não seria nem penal nem cível (?) –, o texto do art.17-D a exclui do *Microssistema de Tutela do Patrimônio Público*. e, assim, vai de encontro a alguns dos mais caros princípios constitucionais de Direito Coletivo, materiais e processuais.

A pretensão de criação de um terceiro gênero de ação promove nefastas consequências processuais que se chocam com todo o sistema normativo brasileiro de proteção ao patrimônio público. Ao alijar a ação para responsabilização por ato de improbidade administrativa do multifalado microssistema, o que foi reiterado pelo § 16 do art. 17, o legislador infraconstitucional extrapolou o comando da norma de eficácia limitada do § 4º do art. 37 da CR/88 e impediu diversas possibilidades processuais coletivas que, há muito tempo, vinham servindo de instrumentos de efetivação de direitos fundamentais, a saber, exemplificativamente: (i) não taxatividade da tutela coletiva (art. 83 do CDC, art. 327 do CPC e arts. 1º, 11 e 14 da Lei n. 4.717/65); (ii) relativização do princípio da correlação entre pedido e decisão; (iii) possibilidade de reexame necessário das decisões absolutórias³⁷; (iv) cumprimento provisório das

sanções de cunho patrimonial são alcançadas pelo referido dispositivo constitucional, mesmo porque, por outro lado, a multa prevista no art. 12 da LIA não é pena, mas sim sanção civil. Neste sentido: GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 6ª ed., rev. e ampl. e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 360.

³⁷ Tema a ser definido no julgamento do Tema 1.042, perante o STJ.

decisões condenatórias ao pagamento de quantia certa (art. 520 do CPC), (v) recursos recebidos em regra só no efeito devolutivo (art. 14 da Lei n. 7.347/85) e (vi) efeitos da coisa julgada coletiva (art. 103, I, do CDC).

O novel dispositivo da LIA ofende o Princípio da Solidariedade Coletiva (art. 3º, I, da CR/88) por excluir o patrimônio público da categoria dos direitos difusos e, portanto, vedar-lhe, via uma única ação civil pública (art. 17, § 16), qualquer outro tipo de tutela que não seja a mera aplicação repressiva das sanções previstas no art. 12 da LIA, decretando a inefetividade de sua proteção a bem de toda a coletividade. Levando-se em conta a correlação inversamente proporcional entre a improbidade administrativa e o desenvolvimento humano³⁸, por diminuir o espectro da tutela coletiva sobre a probidade administrativa, o artigo 17-D viola, também, os princípios do desenvolvimento nacional (art. 3º, II) e da erradicação da pobreza, marginalização e redução das desigualdades sociais (art. 3º, III). O mesmo se diga ao excluir da decisão exclusivamente condenatória e exclusivamente sancionadora os efeitos da coisa julgada coletiva, previstos no art. 103, I, do CDC e art. 18 da LAP, permitindo-se o absurdo da formação da coisa julgada material em casos de absolvição por insuficiência probatória, em claro detrimento da conservação do patrimônio material e imaterial da coletividade.³⁹

Contraria, principalmente, o princípio da proporcionalidade, em sua dimensão da proteção deficiente ou de infraproteção (*Untermassverbot*)⁴⁰, mais especificamente o Princípio da Proibição do Retrocesso do Direito Coletivo, em que está contido o patrimônio público – *Princípio da Tutela Mínima Anticorrupção* – uma vez que limita a tutela jurisdicional via ACP de improbidade apenas à aplicação das sanções e, com isso, proíbe a acumulação de pedidos⁴¹ e, ao juiz, proferir decisões cognitivas, desconstitutivas, mandamentais ou condenatórias a obrigações de fazer e não fazer, inclusive tutela específica (art. 84 do CDC e arts 497 a 501 do CPC).⁴² Além disso, pela aplicação conjunta do § 10-F do mesmo artigo, o legislador impediu a

³⁸ Para uma análise empírica do tema: WANIS, Rodrigo Otávio Mazieiro. *A defesa da sociedade contra os atos de improbidade administrativa: análise crítica e desafios para a atuação eficiente do Ministério Público*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 60-70.

³⁹ Nesse sentido, sustentando a perfeita aplicabilidade, em sede de ação civil pública por improbidade administrativa, do disposto no art. 16 da Lei nº 7.347/85, dispositivo esse que também adota os critérios *secundum eventum litis* e *secundum eventum probationis*, concluem Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves: “Tem-se assim, em resumo, que a improcedência do pedido veiculado na ação civil de improbidade administrativa por insuficiência de provas não inviabiliza a renovação da demanda, pelo mesmo ou por outro legitimado, desde que, nos termos da lei, surjam novas provas”. *Improbidade administrativa*, p. 676.

⁴⁰ Conforme Ingo Wolfgang Sarlet, trata-se de princípio constitucional implícito, decorrente dos princípios do Estado de Direito e do Estado Social. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 371.

⁴¹ A cumulação de pedidos em sede de improbidade administrativa é amplamente acolhida na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Cite-se: AgInt no AREsp 1631790/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 30/11/2020, DJe 02/12/2020.

⁴² Exemplo disso é a impossibilidade de o juiz determinar a nulidade de nomeações decorrentes de nepotismo (art. 11, XI, da LIA), as consequentes exonerações (obrigação de fazer ao agente improbo nomeante) e, ainda, a obrigação de não mais nomear aquelas pessoas (obrigação de não fazer); o mesmo se diga quanto à impossibilidade de declarar a nulidade de um processo licitatório fraudado por meio da prática de ato de improbidade (art. 10, VIII, da LIA).

relativização do princípio da congruência entre pedido e decisão condenatória⁴³, o que poderia ocorrer nos casos de cumulação de pedidos ou de limitação qualitativa de sanções, última hipótese em que o juiz poderia condenar o réu a sanções diferentes daquelas reclamadas, já que os fatos (causa de pedir) é que delimitariam a atividade jurisdicional⁴⁴; e isso propicia um patente enfraquecimento retrógrado à proteção dos direitos fundamentais tutelados.

Pelos mesmos motivos de inefetividade inconstitucional da tutela por meio desse *tertium genus* de ação, fora do mencionado microsistema, viola, por fim, o art. 5º, XXXV (acesso à Justiça), e o art. 129, III, ambos da CR/88, este que incumbe ao Ministério Público a proteção do patrimônio público, por via da ação civil pública, desenhada em nosso ordenamento para atender à máxima efetividade e à não taxatividade da tutela coletiva, com todas as espécies de tutela e cumulação de pedidos (art. 83 do CDC, art. 327 do CPC e arts. 1º, 11 e 14 da Lei n. 4.717/65), bem como pelos efeitos da coisa julgada coletiva (art. 103, I, do CDC).

Em outro nível – o da supralegalidade – e pelas mesmas razões jurídicas de enfraquecimento da efetividade da tutela anticorrupção, o artigo 17-D fere o disposto nos artigos 1º, *a*; art. 26, 4; art. 30, art. 35 e 53, *a*, todos da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (Convenção de Mérida), incorporado à ordem jurídica brasileira desde 2006, pelo Decreto n. 5.687/2006 e referenciado no próprio texto da nova LIA como parâmetro interpretativo (§§ 1º e 2º do art. 11).

Todo o texto normativo da Convenção de Mérida conclama os Estados Partes a promoverem, eficaz e eficientemente, todas as medidas de prevenção e repressão à corrupção, entre as quais, obviamente, a mais ampla tutela jurisdicional. É o que se infere de uma das três finalidades da própria existência da Convenção, prevista em seu artigo 1º: “*Artigo 1. A finalidade da presente Convenção é: a) Promover e fortalecer as medidas para prevenir e combater mais eficaz e eficientemente a corrupção; (...)*”. Ora, excluir a ação civil pública da incidência do referido microsistema ocasiona a retrógrada, inconstitucional e inconvencional proteção deficiente ao patrimônio público e inviabiliza, pelos motivos processuais coletivos levantados acima, o cumprimento da mais básica finalidade pretendida pela Convenção.

De igual forma, inviabiliza a tutela de responsabilização em dupla instância das pessoas jurídicas prevista no artigo 26, 4, da Convenção, pela aplicação conjunta do art. 17-D e do artigo 12, § 7º, da Nova LIA e ainda contraria toda a lógica processual e sancionadora prevista nos arts. 30, 35 e 33 da Convenção, na medida em que as suas restrições vão de encontro à clara finalidade supralegal de recomendação/imposição de máximas efetividade e eficiência do Direito Sancionador dos países signatários, em todas as instâncias de responsabilização.

⁴³ O dispositivo não encontra semelhança sequer no Processo Penal, à luz do art. 383 do Código de Processo Penal (*emendatio libelli*): “Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.”

⁴⁴ Neste sentido: GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 6ª ed., rev. e ampl. e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 1033-1035.

No plano infraconstitucional, pelos mesmos motivos especificados acima, o artigo 17-D destoa de todos os vetores de Direito Processual Coletivo e ignora a suas diretrizes interpretativas, violando, conseqüentemente, os princípios: do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo; da máxima prioridade da tutela jurisdicional coletiva comum; da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva comum (art. 83 do CDC); do máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva comum; da máxima efetividade do processo coletivo, da interpretação aberta e flexível da causa de pedir e do pedido.⁴⁵

Por derradeiro e pelas mesmas razões de inconstitucionalidade, as disposições do artigo 17-D, reforçadas pelo § 16 do art. 17, afrontam a própria matriz principiológica do Código de Processo Civil, usado como norma subsidiária e determinante do procedimento comum, que determina, logo em seu art. 1º, que “[o] processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil”, ao contrário do que fazem essas exclusões assistêmicas da LIA. Não se olvide da clara ofensa aos princípios da economia processual, da efetividade, da instrumentalidade das formas, da razoável duração do processo e da eficiência.⁴⁶

Por todos esses argumentos, afere-se que o artigo 17-D da Nova LIA não resiste aos controles de constitucionalidade e de convencionalidade (controle forte e fraco)⁴⁷, cujos pedidos incidentais podem ser manejados na própria ACPIA ajuizada pelo Ministério Público ou perante os tribunais (arts. 948 a 950 do CPC) para que o Poder Judiciário possa afastar a incidência desse dispositivo legal ou dar-lhe interpretação conforme a CR/88 e a Convenção de Mérida e, assim, permitir a máxima efetividade de todas as diretrizes do microsistema de tutela cível coletiva do patrimônio público.

5. Conclusões

O patrimônio público, amplamente considerado, continente das noções de probidade administrativa e boa governança é direito fundamental de natureza difusa,

⁴⁵ Para maior aprofundamento sobre o tema, ver: WANIS, Rodrigo Otávio Mazieiro; ALMEIDA, Gregório Assagra de. A ação de improbidade administrativa como modalidade de ação civil pública: aplicabilidade dos princípios e das diretrizes interpretativas do direito processual coletivo no plano do processo que tem como objeto o combate aos atos de improbidade. In. *Ministério Público, constituição e acesso à justiça: abordagens institucional, cível, coletiva e penal da atuação do Ministério Público*. ALMEIDA, Gregório Assagra de; CAMBI, Eduardo; MOREIRA, Jairo Cruz. (Orgs.) Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019.

⁴⁶ Aliás, com base no próprio princípio da tutela judicial efetiva, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar recentemente o REsp nº 1899407/DF, seguiu a linha ditada pelo Supremo Tribunal Federal no RE 852.475 e reafirmou a jurisprudência no sentido de que a declaração de prescrição da pretensão sancionadora aplicável aos atos de improbidade administrativa não impede o prosseguimento da demanda no tocante ao pleito de ressarcimento ao erário.

⁴⁷ Em sua modalidade forte, o controle de convencionalidade consiste na não aplicação da norma interna que contrarie o bloco de convencionalidade e jurisprudência internacional. O controle fraco ou débil é um vetor de interpretação das normas internas, em conformidade com conteúdo dos tratados internacionais de direitos humanos e da jurisprudência internacional, pelo qual não se deixa de aplicar a norma controlada, mas a ela se dá interpretação conforme. Cf. CONTRERAS, Pablo. *Control de Convencionalidad, Deferencia Internacional y Discreción Nacional en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Ius et Praxis, vol. 20, n. 2, Talca, 2014.

para cuja proteção existe um *Microssistema de Tutela do Patrimônio Público*, em cujo epicentro se encontra a Constituição da República de 1988 (art. 37, §§ 4º e 5º, e art. 129, III, da CR/1988), orbitado por diversas normas constitucionais de Direito Coletivo (LAP; LACP; CDC; CPC etc.), das quais se destaca a Lei de Improbidade Administrativa.

A redação do art. 17-D parece ter criado um *tertium genus* de ação, que não é nem penal nem civil (?), teratologia que merece reparos hermenêuticos para se compreender a referida ação para responsabilização por ato(s) de improbidade administrativa como ação civil pública – Ação Civil Pública para a Responsabilização pela Prática de Ato(s) de Improbidade Administrativa (ACPIA) – em razão da fundamentalidade do patrimônio público, objeto primordial de tutela da LIA. Esta ACPIA possui natureza jurídica de garantia constitucional fundamental, tanto por seu objeto material composto dos direitos coletivos como direitos fundamentais (Título II, Capítulo I, da CF/1998), quanto pela cláusula aberta dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais (§ 2º do art. 5º e art. 129, III, ambos da CR/88). Na condição de garantia constitucional fundamental, não pode, portanto, ser alijada do *Microssistema de Tutela do Patrimônio Público*.

Por criar uma ação *sui generis* e retirá-la, acintosamente, do referido microssistema de proteção, o novo dispositivo legal não se sustenta no vigente ordenamento jurídico brasileiro, em especial em face do *Microssistema de Tutela do Patrimônio Público*. Ofende o § 4º do artigo 37 da CR/88 por contrariar sua lógica sancionadora jurisdicional dicotômica (ação penal ou ação civil) e por vedar diversas possibilidades processuais coletivas, como a não taxatividade da tutela coletiva; a relativização do princípio da correlação entre pedido e decisão; a possibilidade de reexame necessário das decisões absolutórias; o cumprimento provisório das decisões condenatórias, o recebimento dos recursos em regra só no efeito devolutivo e os efeitos da coisa julgada coletiva.

Por essas razões, o art. 17-D ofende uma plêiade de princípios constitucionais de Direito Coletivo (princípio da solidariedade coletiva, princípio da proibição de retrocesso na tutela do patrimônio público, princípio do acesso à Justiça e princípio da não taxatividade da tutela coletiva), diversos dispositivos da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (art. 1º, *a*; art. 26, 4 ; art. 30; art. 35 e 53, *a*) e se divorcia da interpretação sistêmica devido ao Processo Coletivo, para o que se propõem controles difuso de constitucionalidade e de convencionalidade e uma interpretação sistêmica de seu texto, por meio de pedido incidental no bojo da ACPIA ou perante os tribunais, a fim de que o Poder Judiciário afaste a incidência desse dispositivo legal ou lhe dê interpretação conforme a CR/88 e a Convenção de Mérida e viabilize a máxima efetividade de todas as diretrizes do microssistema de tutela cível coletiva do patrimônio público.

Referências

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro* – um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Codificação do direito processual coletivo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. *Direito material coletivo: superação da summa divisio clássica direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

_____. *Manual das ações constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

BENDA, Ernst; MAIHOFFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen; HESSE, Konrad (orgs.). *Manual de derecho constitucional*. 2ª ed. Tradução de Antonio López Pina. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2001.

BERIZONCE, Roberto; GRINOVER, Ada Pellegrini e SOSA; Angel Landoni. Código-Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América: Exposição de Motivos. *Revista de Processo*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, v. 121:132-140, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Direito constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros Editores: 2006.

CAPPELLETI, Mauro; GARTY, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 9ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

_____. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 2ª ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____; MC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coords.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos: hacia un código modelo para iberoamérica*. México: Editorial Porrúa, 2003.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual civil coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio de Castro; WATANABE, KAZUO (coords.) *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____; CINTRA, Antônio Carlos de; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 21ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20ª edição alemã de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.). *Tutela coletiva: 20 anos de Lei da ação civil pública e do fundo de defesa de direitos difusos – 15 anos do código de defesa do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006.

LUÑO, Antonio E. Perez. *Los derechos fundamentales*. 6ª ed. Madrid: Tecnos, 1995.

MACIAL JÚNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas*, p. 178. São Paulo: LTR, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MILARÉ, Édís (Coord.). *Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3ª ed., rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, T. IV, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. Entrevista concedida ao Ministério Público do Estado de Minas Gerais ao boletim informativo *MPMG Jurídico*, edição 3, dez.2005 e jan.2006 – também disponível no site www.mp.mg.gov.br – Boletins MPMG.

_____. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8ª ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 2ª ed. Madri: Tecnos, 1993.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

RITT, Eduardo. *O Ministério Público como instrumento de democracia e garantia constitucional*. Porto Alegre: Livraria Editora do Advogado, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5ª ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

VALDÉS, Garzón. In: LAPORTA, Francisco J.; ÁLVAREZ, Silvina (Eds.). *La corrupción política*. Madrid, Alianza, 1997.

VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

WANIS, Rodrigo Otávio Mazieiro; ALMEIDA, Gregório Assagra de. A ação de improbidade administrativa como modalidade de ação civil pública: aplicabilidade dos princípios e das diretrizes interpretativas do direito processual coletivo no plano do processo que tem como objeto o combate aos atos de improbidade. In: *Ministério Público, constituição e acesso à justiça: abordagens institucional, cível, coletiva e penal da atuação do Ministério Público*. ALMEIDA, Gregório Assagra de; CAMBI, Eduardo; MOREIRA, Jairo Cruz. Orgs. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

_____. *A defesa da sociedade contra os atos de improbidade administrativa: análise crítica e desafios para a atuação eficiente do Ministério Público*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.