

Improbidade administrativa, processo coletivo e a Lei nº 14.230/2021: consensos e dissensos numa coautoria

“Improbidade administrativa”, collective redress and law n. 14.230/2021: consensus and dissent in a co-authorship

Fredie Didier Jr.*
Hermes Zaneti Jr.**

Sumário

1. Nota explicativa inicial (em coautoria). 2. Processo da ação de improbidade administrativa como processo coletivo – por Hermes Zaneti Jr. 3. Processo da ação de improbidade administrativa como processo punitivo não penal – por Fredie Didier Jr.

Resumo

Este ensaio adota o método dialético para confrontar duas possíveis interpretações da Lei n. 14.230/2021 no ordenamento jurídico brasileiro. Hermes Zaneti Jr. aponta as razões para a permanência da Lei de Improbidade Administrativa, uma ação coletiva para combate à corrupção, no Microsistema do Processo Coletivo, ainda que objetive a aplicação do Direito administrativo sancionador. Fredie Didier Jr. indica as motivações para que a ação de improbidade administrativa passe a integrar o processo punitivo não penal, com lógica e normas próprias, diferentes do processo coletivo.

Abstract

This essay adopts the dialectical method to confront two possible interpretations of Law n. 14230/2021 in the Brazilian legal system. Hermes Zaneti Jr. points out the reasons for the permanence of the Law of “Improbidade Administrativa”, a civil class action to fight the corruption, in the Microsystem of Collective Redress, even though it exercises the

* Pós-Doutorado pela Universidade de Lisboa. Doutor em Direito pela PUC-SP. Mestre em Direito pela UFBA. Professor Titular da Universidade Federal da Bahia. Advogado.

** Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo. Membro do Ministério Público do Estado do Espírito Santo.

function of action for the application of sanctions in administrative law. Second, Fredie Didier Jr. indicates the motivations for the action of “improbidade administrativa” to become part of the non-criminal punitive process with his own logic and principles, diverse from collective redress.

Palavras-chave: Processo coletivo. Ação de improbidade administrativa. Direito administrativo sancionador. Processo punitivo não penal.

Keywords: *Collective redress. The action of “improbidade administrativa”. Sanctions in administrative law. Non-criminal punitive process.*

1. Nota explicativa inicial (em coautoria)

Desde a primeira edição de nosso livro sobre processo coletivo,¹ e até a décima quinta, considerávamos o processo da ação de improbidade administrativa como espécie de processo coletivo.

Por causa dessa premissa, examinávamos questões relativas ao processo da improbidade administrativa, tais como legitimidade, competência, autocomposição, transporte de técnicas processuais e coisa julgada, além de, conseqüentemente, colocarmos a Lei n. 8.429/1992 no microsistema brasileiro da tutela coletiva.

A opção, que era clara, não estava imune a críticas e, de fato, em muitas vezes, produzia alguma perplexidade. Um exemplo: deixávamos claro que a ação de improbidade servia a dois propósitos (punitivo e indenizatório) e que, à míngua de previsão legal específica, o regime jurídico da coisa julgada deveria ser misto – ora o da tutela coletiva, relativamente ao pedido de indenização, ora o do processo penal, relativamente ao pedido de punição.

Nos últimos anos, parcela da doutrina se contrapôs a essa ideia, defendendo o enquadramento do processo da ação de improbidade em outra categoria, fora da “caixa processo coletivo”. Em suma, a tese era a de que o processo de improbidade administrativa teria natureza “punitiva não penal”, sendo espécie de um gênero “processo sancionador”, que abrangeria também, por exemplo, o processo penal, o processo da justiça desportiva e o processo administrativo sancionador.²

¹ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. 17ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2023, v. 4.

² A bibliografia é vasta e produzida por juristas de áreas diversas; seguem algumas referências entre processualistas que se dedicaram ao tema e que seguem essa ideia: COSTA, Susana Henriques da. *O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015; MERÇON-VARGAS, Sarah. *Teoria do processo judicial punitivo não penal*. Salvador: Editora Juspodivm, 2018; PELEGRINE, Analu Paim Cirne. *A negociação premial na ação de improbidade administrativa e a coerência do sistema público punitivo*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2018.

A Lei n. 14.230/2021, que alterou completamente o processo da ação de improbidade administrativa, reformando a Lei n. 8.429/1992, parece ter seguido esse caminho.

Eis a redação do art. 17-C, Lei n. 8.249/1992, acrescentado pela Lei n. 14.230/2021:

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. 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.

Não há dúvida de que a ação de improbidade administrativa *não* é uma ação penal e que também *não* é uma ação civil pública para controle judicial de políticas públicas.

Não sendo penal e não havendo contencioso administrativo com natureza jurisdicional no Brasil, a ação de improbidade poderia ser enquadrada como “ação cível *lato sensu*”. Mas isso apenas se insistirmos em nos valer da clássica divisão processo civil – processo penal, exatamente o que a mencionada doutrina encampada pela nova lei tanto criticava.

Mas, embora “não civil”, a lei expressamente remete ao procedimento comum do CPC como a base para o processamento da ação de improbidade administrativa, sem prejuízo de promover vários ajustes procedimentais, com a inclusão de técnicas processuais especiais.

Se é certo que o uso do procedimento comum do CPC, como base para uma ação que expressamente não seria “cível”, reforça a ideia, defendida por um dos autores, em outra oportunidade,³ do potencial de adaptação e de efetividade que este procedimento possui, também é correto dizer que isso pode ser usado como argumento para descaracterizar a natureza não civil da ação de improbidade.

³ DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. 2ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

A nova lei de improbidade nos colocou diante de um impasse: manter ou não manter as considerações sobre o processo da ação de improbidade há tantos anos defendidas.

O fato é que ainda não chegamos a um consenso sobre se a nova lei impõe que se desconsidere a ação de improbidade como ação coletiva ou sobre se a sua natureza independe do respectivo regramento normativo.

Hermes Zaneti Jr. defende que, ainda que provisoriamente, se mantenha a ação de improbidade administrativa no microsistema do processo coletivo, visto que, para o autor, a ação de “combate à corrupção” tutela o grupo de pessoas atingidas direta ou indiretamente pela corrupção e um bem jurídico coletivo fundamental, constitucionalmente protegido (art. 37, § 4º, CF/1988). Portanto, uma ação para a tutela de uma situação jurídica coletiva afetada a um grupo de pessoas. O fato de o direito material estar enquadrado no Direito administrativo sancionador não altera isso, apesar de afetar o regime processual da ação, naquilo que couber.

Fredie Didier Jr. defende a postura no sentido de que talvez seja mesmo o caso de reconstruir o sistema tradicional de categorias classificatórias, alocando a ação de improbidade fora do “guarda-chuva” do conceito de processo coletivo.

Por causa disso, resolvemos tirar de nosso livro todas as referências ao processo da ação de improbidade administrativa que constavam até a edição de 2021.

Já em 2022, mais gente tratou do assunto na academia.⁴ O Supremo Tribunal Federal por duas vezes decidiu sobre a nova Lei n. 14.230/2021 (Tema 1199 e ADI nº 7042 e ADI nº 7043).

Por isso, resolvemos, numa ação talvez insólita, mas em homenagem à Ciência, dar a público esse texto, em que apresentamos o que há de consenso e de dissenso em nossa coautoria, já tão longeva, em torno deste ponto. Preservamos, assim, uma já quase tradição de, em nossos escritos, marcar nossas divergências, afinal, uma boa epistemologia e uma boa ciência dogmática somente se constroem com debate e exposição clara e pública das ideias.

Daí que, a seguir, seguem os argumentos com que cada um dos coautores vem sustentando as suas primeiras ideias sobre o tema. Os itens a seguir são de autoria *isolada*, indicada na respectiva rubrica.

⁴ Destaque-se, por exemplo, o livro de PINTO, Marcus Vinícius. *Ação de improbidade administrativa – presunção de inocência e ne bis in idem*. Salvador: Editora Juspodivm, 2022; FERNANDES, Og; KOEHLER, Frederico; RUFINO, Jacqueline; FLUMIGNAN, Silvano. *Lei de Improbidade Administrativa – principais alterações da Lei n. 14.230/2021 e o impacto na jurisprudência do STJ*. Salvador: Editora Juspodivm, 2022; CAMBI, Eduardo; GARCIA, Emerson; ZANETI JR., Hermes (Org.). *Improbidade administrativa: principais alterações pela Lei 14.230/2021*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2022.

2. Processo da ação de improbidade administrativa como processo coletivo – por Hermes Zaneti Jr.

A ação de improbidade administrativa é uma ação judicial de natureza não penal, *cível lato sensu*,⁵ que tutela o combate à corrupção, à moralidade administrativa e o direito difuso da probidade administrativa (art. 37, *caput*, e § 4º, CF/88).

A Lei nº 14.230/2021 acendeu a discussão sobre os princípios do direito administrativo sancionador (art. 2º, § 4º, Lei de Improbidade Administrativa - LIA) e da natureza repressiva e sancionatória da ação (art. 17-D, LIA) excluirm a aplicação do microsistema do processo coletivo.⁶ Essa aproximação do direito administrativo sancionador com o direito penal garantiria a retroatividade ampla e mais benéfica da nova lei (art. 5º, XL, CF/88) e somente por isso já afastaria o regime do processo coletivo.

Acontece que tal compreensão não merece prevalecer, por três motivos principais.

Primeiro, o STF já havia decidido antes que a aplicação retroativa da lei mais benéfica em relação ao direito administrativo sancionador (infrações de trânsito) não é matéria constitucional, não atraindo a incidência imediata e ampla do art. 5º, XL, CF/88.⁷

⁵ O sentido da expressão “pleito civil *lato sensu*”, frequentemente utilizada por Pontes de Miranda, reconhecida por Galeno Lacerda e Cândido Rangel Dinamarco como um “paradoxo metodológico” entre o processo na Constituição e o Código de Processo Civil de 1973, fala muito sobre a tradição processual híbrida do Brasil. Em nosso país o direito administrativo é direito subjetivo público e tratado pelos mesmos juízes (jurisdição uma) que tratam as causas de direito privado (direito civil e comercial). Essa característica de diferenciar *common law* e *civil law* pela extensão atribuída à locução “civil”, no *common law*, todo processo não penal, na tradição romana-germânica, “direito privado” e “direito público” sendo as causas de processo civil limitadas a julgar os conflitos de direito privado, já foi apontada pela doutrina internacional comparatista como um elemento da distinção *common law/civil law* (VAN RHEE, C. H. (Remco); VERVEK, R. Civil procedure. In: SMITS, J. M.; Edward Elgar Publishing (Ed.). *Elgar encyclopedia of comparative law*. Elgar original reference. Cheltenham, UK; Northampton, Mass: Edward Elgar Pub, 2006. p. 120-134, esp. 120). Ela sempre esteve na nossa tradição republicana, desde 1891 (ver, amplamente, inclusive para as referências bibliográficas, ZANETI JR., Hermes. *A Constitucionalização do Processo: Do Problema ao Precedente*. Da Teoria do Processo ao Código de Processo Civil de 2015. São Paulo: RT/Thomson Reuters, 2021).

⁶ Nesse sentido, os defensores do processo sancionador utilizam jurisprudência construída pelo STJ acerca da incidência irrestrita do art. 5º, XL, CF/88, que trata da aplicação retroativa da lei penal para beneficiar o réu, nos processos administrativos disciplinares para afirmar que o núcleo das garantias da lei sendo do direito administrativo sancionador mais se assemelha ao direito penal. “A norma administrativa mais benéfica, no que deixa de sancionar determinado comportamento, é dotada de eficácia retroativa” (STJ. 1ª T. *REsp* 1402893/MG. Rel. Min. Sérgio Kukina, j. em 11/04/2019, DJe 22/04/2019); “Tratando-se de diploma legal mais favorável ao acusado, de rigor a aplicação da Lei Municipal n. 13.530/03, porquanto o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, insculpido no art. 5º, XL, da Constituição da República, alcança as leis que disciplinam o direito administrativo sancionador. Precedente. Dessarte, cumpre à Administração Pública do Município de São Paulo rever a dosimetria da sanção, observando a legislação mais benéfica ao Recorrente, mantendo-se inidêntes os demais atos processuais. Precedentes.” (STJ. 1ª T. *RMS* n. 37.031/SP. Rel. Min. Regina Helena Costa, j. em 08.02.2018, DJe 20/02/2018).

⁷ “(...) Recurso extraordinário representativo da controvérsia. *Aplicação retroativa de lei mais benéfica às infrações de trânsito*. Exegese das normas de trânsito. Interpretação realizada à luz das normas do Código Brasileiro de Trânsito revogado e do vigente. *Matéria eminentemente infraconstitucional*. Ausência de repercussão geral. 1. *Não apresenta repercussão geral o recurso extraordinário que discute efeitos de normas de trânsito revogadoras e revogadas*. 2. É pacífica a jurisprudência da Corte no sentido de que os conceitos dos institutos do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada não se encontram na Constituição Federal, senão na legislação ordinária, mais especificamente na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. 3. Ausência de repercussão geral”. (*RE* 657871 RG, Relator(a): Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2014, acórdão eletrônico DJe-225, divulg. 14-11-2014, public. 17-11-2014)

No caso específico da ação de improbidade, justamente pela importância das alterações e seu impacto, o Supremo Tribunal Federal agora tem precedente estabelecendo:

A Lei nº 14.230/2021 não excluiu a natureza civil dos atos de improbidade administrativa e suas sanções, pois essa “natureza civil” retira seu substrato normativo diretamente do texto constitucional, conforme reconhecido pacificamente por essa SUPREMA CORTE (TEMA 576 de Repercussão Geral, de minha relatoria, RE nº 976.566/PA (...)). O ato de improbidade administrativa é um ato ilícito civil qualificado – “ilegalidade qualificada pela prática de corrupção” (...). O princípio da retroatividade da lei penal consagrado no inciso XL do artigo 5º da Constituição Federal (“a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”) não tem aplicação automática para a responsabilidade por atos ilícitos civis de improbidade administrativa, por ausência de expressa previsão legal e sob pena de desrespeito à constitucionalização das regras rígidas de regência da Administração Pública e responsabilização dos agentes públicos corruptos com flagrante desrespeito e enfraquecimento do Direito Administrativo Sancionador.

E mais, como decorre do voto: “ao errônea e fictamente tentar excluir a natureza civil da ação de improbidade, a lei não teve a força de excluir a natureza civil do ato de improbidade e suas sanções, pois essa “natureza civil” tem substrato diretamente do texto constitucional”.⁸

Segundo, já foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal que a Fazenda Pública e as pessoas jurídicas atingidas continuam sendo partes legítimas para a ação de improbidade e para o acordo de não persecução civil (ADI nº 7.043 e ADI nº 7.042 do STF).⁹ Desta decisão destaca-se o reconhecimento pelo STF da legitimidade *ad causam* concorrente e disjuntiva entre a pessoa jurídica lesada e o Ministério Público. Assim, decidiu o tribunal por: “declarar a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do *caput* e dos §§ 6º-A e 10-C do art. 17, assim como do *caput* e dos §§ 5º e 7º do art. 17-B, da Lei n. 8.429/1992, na redação dada pela Lei n. 14.230/2021, de modo a restabelecer a existência de legitimidade ativa concorrente e disjuntiva

⁸ STF. Pleno, Tema 1199. ARE n. 843.989/PR. Rel. Min. Alexandre de Moraes.

⁹ Decidiu o Supremo Tribunal Federal: “(a) declarar a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do *caput* e dos §§ 6º-A e 10-C do art. 17, assim como do *caput* e dos §§ 5º e 7º do art. 17-B, da Lei n. 8.429/1992, na redação dada pela Lei n. 14.230/2021, de modo a restabelecer a existência de legitimidade ativa concorrente e disjuntiva entre o Ministério Público e as pessoas jurídicas interessadas para a propositura da ação por ato de improbidade administrativa e para a celebração de acordos de não persecução civil; (b) declarar a inconstitucionalidade parcial, com redução de texto, do § 20 do art. 17 da Lei n. 8.429/1992, incluído pela Lei n. 14.230/2021, no sentido de que não existe ‘obrigatoriedade de defesa judicial’; havendo, porém, a possibilidade dos órgãos da Advocacia Pública autorizarem a realização dessa representação judicial, por parte da assessoria jurídica que emitiu o parecer atestando a legalidade prévia”. (STF. Tribunal Pleno. ADI n. 7043 e 7042. DJ em 31/08/2022)

entre o Ministério Público e as pessoas jurídicas interessadas para a propositura da ação por ato de improbidade administrativa e para a celebração de acordos de não persecução civil”.

A *legitimidade concorrente e disjuntiva* para o ajuizamento da ação de improbidade e para o *acordo de não persecução civil* é um claro sinal da natureza de ação civil pública da ação de improbidade, ainda que seu objeto específico seja o combate à corrupção.¹⁰

Por outro lado, a legitimação não se limita ao Ministério Público, mas o Ministério Público sempre intervém, seja nas ações de improbidade, seja no momento da homologação do ANPC. A intervenção obrigatória do Ministério Público não está prevista na nova lei, sendo mais bem depreendida do microsistema do processo coletivo. Mais um argumento a reforçar a tese aqui defendida.

Terceiro, é necessário lembrar, como corolário de tudo que foi dito acima, que o direito brasileiro adota o pleito cível *lato sensu*. Isso significa que o processo civil é o mesmo para qualquer área do direito não penal, ainda que seja possível criar procedimentos especiais e jurisdições especiais.

No Brasil, o direito administrativo é julgado pelo mesmo juiz que julga as causas de direito privado, respeitada a distribuição de competências internas ao Poder Judiciário. A justiça comum, federal e estadual, julgará as causas que digam respeito ao direito administrativo sancionador de forma igual, nada mudará com a expressa menção da lei ao “direito administrativo sancionador”. A expressão já era usada na nossa doutrina e foi muito difundida a partir da previsão na Constituição Espanhola de 1978.

Ademais, em relação ao microsistema do processo coletivo, o direito administrativo é o objeto principal da *ação popular*, do *mandado de segurança coletivo*, da *lei anticorrupção* e, em muitos casos, também é o objeto principal das *ações civis*

¹⁰ Na doutrina, o argumento da legitimidade *ad causam* havia sido sustentado igualmente como um argumento para afastar a improbidade do microsistema na nova configuração dada pela lei por MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt; NÓBREGA, Guilherme Pupe da. A separação entre ação de improbidade e ação civil pública. *Consultor Jurídico*. Sábado, 17 de dezembro de 2021, <https://www.conjur.com.br/2021-dez-17/improbidade-debate-separacao-entre-acao-improbidade-acao-civil-publica>, acesso em: 16.12.2022. Esse argumento não subsistindo também deve cair a distinção indevida entre processo coletivo e Lei de Improbidade Administrativa. Outro argumento levantado pelos autores é o de que a lei atual expressamente remete ao procedimento comum, o que afastaria o livre trânsito com as técnicas do microsistema. Aqui, percebe-se a diferença entre a concepção anterior dos procedimentos especiais e do procedimento ordinário, rígido, estanque e inflexível, e a atual, que prevê o livre trânsito de técnicas processuais entre os procedimentos especiais e o procedimento comum. A regra do trânsito de técnicas faz apenas reforçar com a menção ao procedimento comum, uma vez que a sua aplicação é supletiva, subsidiária e residual em relação às normas específicas de procedimento da improbidade e das normas gerais do microsistema de processo coletivo. No mesmo sentido defendido aqui neste texto, apontam a legitimidade *ad causam* e o trânsito das técnicas processuais como dois impactos concretos do debate sobre a permanência ou não da ação de improbidade no processo coletivo. CAVACO, Bruno de Sá Barcelos; BONFADINI, Carla. Breves anotações processuais sobre a lei 14.230/21 e seu impacto no campo do combate à corrupção. Elas no Processo: *Migalhas*. Sexta-feira, 16 de dezembro de 2022, <https://www.migalhas.com.br/coluna/elas-no-processo/361202/breves-anotacoes-processuais-sobre-a-lei-14-230-21>, acesso em: 16.12.2022.

públicas, especialmente as que lidam com o direito ambiental e com o controle judicial de políticas públicas. O processo coletivo está acostumado a servir de instrumento para garantir a efetividade do direito administrativo sancionador.

Logo, o processo coletivo brasileiro inclui o direito administrativo e o direito administrativo sancionador entre os direitos que tutela. Uma das características principais do nosso processo coletivo é exatamente esta: não setorial, transsubstancial ou não taxativo, permitindo a tutela de todos os interesses difusos e coletivos (art. 129, III, CF/1988, *in fine*). As demandas coletivas podem discutir questões que são eminentemente administrativas e tutelar bens jurídicos protegidos pelo direito administrativo.

Portanto, não muda a natureza da ação de improbidade administrativa afirmar que ela atua sobre o direito administrativo sancionador. Sua natureza continua ser civil ou “cível”, no sentido amplo. Natureza civil, vedada pela Lei de Improbidade Administrativa, na redação atual, poderia ser no máximo entendida aqui como natureza de direito privado, que realmente não é o objeto da ação de improbidade, que trata do direito público.

Por outro lado, mesmo que se possa afirmar que os *bens jurídicos administrativos* podem ser individuais ou coletivos, dizer respeito ao interesse primário da administração ou ao seu interesse secundário, a tutela do combate à corrupção, da moralidade e da probidade administrativa é claramente um bem jurídico difuso com guarida constitucional e natureza cível *lato sensu*, direito público coletivo, portanto (art. 37, *caput*, e § 4º, CF/88).

Uma análise rápida da lei mostra que em diversas passagens se aplica o microssistema do processo coletivo, com recurso ao diálogo de fontes, seja para evitar a dupla valoração, com a vedação do *bis in idem*, seja para levar em conta a Lei Anticorrupção, permitir a desclassificação da ação de improbidade para a ação civil pública, inclusive com a recepção parcial do pedido para excluir os pedidos que digam respeito às matérias típicas de outras espécies de ações coletivas.

Assim, outras tantas aplicações podem ser desenvolvidas para maior efetividade da tutela. Por exemplo, apesar da revogação do § 3º, do art. 17, da LIA, o uso da doutrina e da jurisprudência sobre a intervenção móvel ou despolarização da demanda, se assim mais convier ao interesse público, pode e deve ser aplicada para permitir que ocorra uma realocação da pessoa jurídica interessada uma vez ouvida. Também, no campo da efetividade das medidas de sanção, seria correto permitir o uso do microssistema para o desconto em folha dos valores decorrentes da condenação se o réu perceber dos cofres públicos (art. 14, § 3º, Lei de Ação Popular). Aliás, é uma via de mão dupla, algumas técnicas como o parcelamento em até 48 parcelas do valor da execução previstos na nova LIA também poderão ser muito úteis em outras ações do microssistema (§ 4º, art. 18, Lei n. 14.230/2021).

O caso da desclassificação da ação de improbidade para a ação civil pública é emblemático da ulterior aplicação do microssistema.

Na verdade, ele faz compreender que a natureza dúplice da ação continua a existir, ao mesmo tempo sancionatória e reparatória. Isso também é perceptível do regime do ANPC, que prevê a reparação do dano e das próprias sanções em espécie (art. 12, da Lei de Improbidade Administrativa). A ação de improbidade continua cumulando pedidos típicos da improbidade e pedidos que são característicos da ação civil pública, pelo menos o pedido de ressarcimento e os demais pedidos que são cabíveis também na ação civil pública e na ação anticorrupção. Em relação a esses pedidos *fair notice*, certificação do grupo, coisa julgada *in utilibus* podem ser efeitos necessários para a tutela adequada. Portanto, como as demandas estão cumuladas, não há como deixar de perceber que pelo menos em relação aos pedidos não típicos deve se aplicar o microsistema do processo coletivo.

Por outro lado, é preciso falar das hipóteses em que a regulação específica afasta o microsistema. Não se aplica o microsistema na legitimação ativa, exclusiva do Ministério Público e das pessoas jurídicas interessadas, na inversão do ônus da prova e na sua distribuição dinâmica, no reexame necessário, entre outros institutos comuns expressamente vedados. Portanto, salvo as regras expressamente em contrário com o microsistema do processo coletivo e com o microsistema de combate à corrupção, a lei de improbidade e os demais diplomas continuam se interpenetrando e subsidiando reciprocamente para garantir mais efetividade à tutela coletiva da probidade administrativa.

Analisando o problema sobre as duas vertentes propostas por Fredie Didier Jr., teríamos aspectos epistemológicos ligados à função heurística, poderíamos dizer filosófico jurídica, da ação de improbidade, de um lado, e aspectos dogmáticos, jurídico-positivos, de outro, a justificar a manutenção da improbidade como processo coletivo de combate à corrupção.

O aspecto heurístico mais importante é reconhecer que o direito sancionador é de natureza múltipla, nem todo direito sancionador é direito penal e atrai todas as garantias do direito penal. O certo é reconhecer que o formalismo processual do processo sancionador tem dois interesses públicos em tensão permanente, interesses igualmente protegidos pelo Estado Democrático Constitucional. A sanção tem de ser justa (defesa do interesse do requerido inocente contra a condenação arbitrária), mas a sanção tem de ser certa (defesa do interesse público primário no combate à corrupção). Essa tensão entre direitos fundamentais é essencial ao modelo constitucional contemporâneo, praticamente ineliminável da boa aplicação do direito.

Não se pretende “falsas condenações”, mas também não se desejam “falsas absolvições”. Em síntese, do ponto de vista epistemológico, o processo das ações de improbidade deve ser pensado e estruturado para ambas as garantias: a) do requerido, a um processo justo que evite falsas condenações; b) da sociedade, protegida pelo mandado constitucional de responsabilização (art. 37, § 4º, CF/1988). A proteção inclui além da responsabilização do requerido pelos atos praticados o efeito deterrente para inibir a prática de ilícitos futuros (prevenção geral e prevenção especial). É por essas

razões que do ponto de vista da filosofia da justiça, dos valores que justificam a lei, existe uma tríplice função: sancionadora, reparatória e preventiva.

Analisando a questão do ponto de vista dogmático: a) da mesma maneira que no processo coletivo, a certificação e definição inicial do objeto da ação de improbidade passa a ser determinante; a.1) porque permite separar os requeridos para evitar a duração excessiva do processo (art. 17, § 10-B, LIA), inclusive para aceitar o acordo de não persecução civil (art. 17-B, LIA) em relação aos requeridos que possam preencher os requisitos subjetivos e objetivos a juízo do colegitimado para fazer jus ao benefício daqueles outros requeridos que devem enfrentar a ação até final condenação; a.2) para separar os pedidos referentes à ação civil pública para controle judicial de políticas públicas e outros bens jurídicos não tutelados pela improbidade daqueles específicos da LIA (art. 17-D, LIA), desclassificando parcialmente os pedidos incompatíveis com o rito mais protetivo do requerido (art. 17, § 16, LIA); a.3) a desclassificação da demanda como um todo, quando ausente elementos mínimos para prosseguir com a ação por improbidade, mas presentes os elementos para a ação civil pública (art. 17, § 16, LIA), em todas essas hipóteses está presente o dever-poder de certificação do processo coletivo, típico do microsistema; b) como a desclassificação pode ser realizada a qualquer tempo, não se verificando dolo, mas sendo o caso de responsabilidade objetiva ou culposa por danos ao patrimônio público, aplica-se a sanção de ressarcimento ou indenização independentemente de nova demanda, ou seja, este pedido, típico da ação civil pública, está cumulado, continua autônomo em relação ao pedido sancionatório; c) o Ministério Público instaura o inquérito civil para investigar atos de improbidade (art. 22, LIA), toda a disciplina normativa interna válida para os procedimentos administrativos do Ministério Público continua valendo na improbidade administrativa da mesma maneira que no resto do microsistema; d) a correta compreensão da sentença condenatória na ação de improbidade administrativa implica o transporte *in utilibus* da tutela condenatória para as demais demandas coletivas ligadas ao mesmo conjunto de fatos, assim como para os titulares de direitos individuais atingidos pela conduta ímproba, afinal, se a lei disciplina os impactos da sentença absolutória, não exclui os impactos da sentença condenatória (art. 103, 3º e 4º, CDC), assim como não poderia excluir os efeitos positivos da sentença condenatória penal sobre o juízo da improbidade, a razão dogmática destes transportes é justamente a maior amplitude da cognição no procedimento mais garantista do requerido; e) a ligação entre a ação popular e a ação de improbidade continua ocorrendo, como referimos acima, com a possibilidade de intercâmbio de técnicas processuais como o parcelamento do débito, desconto em folha e intervenção móvel da pessoa jurídica atingida. Muitos outros exemplos poderiam ser dados e outros tantos surgirão da prática. A interpretação sistemática a partir da lógica e princípios próprios regentes do direito sancionador e do processo coletivo pode e deve ser realizada para que a lei cumpra seus objetivos constitucionais, evitando a proteção insuficiente dos requeridos e a proteção deficiente do bem jurídico coletivo de combate à corrupção.

Somente o tempo poderá dizer o quão frutífera será a nova LIA para a boa aplicação do microsistema do processo coletivo e vice-versa.

Concluindo-se, portanto, que não é possível sustentar que as regras do microsistema do processo coletivo não se aplicam com base em uma suposta aproximação entre o *direito administrativo sancionador* ao *direito penal* ou na afirmação de que a ação de improbidade administrativa não possui natureza cível. O direito material influencia o processo, mas o processo deve garantir instrumentos de efetividade e adequação ao direito material. As características típicas do direito sancionador terão efeito sobre o processo, da mesma maneira que tem o direito administrativo, o direito tributário, o direito eleitoral etc. Não há necessidade de retirar a LIA do microsistema para atender a essas características. Essas são algumas razões para mantermos o posicionamento que tínhamos até a 15ª ed. do nosso livro sobre coletivo, escrito em coautoria (2021, p. 78), no sentido de que o “microsistema é composto pelo CDC, a Lei da Ação Civil Pública e a Lei da Ação Popular, no seu núcleo, e a Lei de Improbidade Administrativa, a Lei do Mandado de Segurança e outras leis avulsas, na sua periferia.”

3. Processo da ação de improbidade administrativa como processo punitivo não penal – por Fredie Didier Jr.

A verdade é que me convenci dos argumentos favoráveis à tese de que o processo da ação de improbidade administrativa não é espécie de processo coletivo.

Analu Pelegrine, minha orientanda do mestrado na UFBA, defendeu sua dissertação em 2018 – trabalho referido na nota 2. Durante a orientação, ela me apresentou esses argumentos, contrários ao entendimento que até então eu defendia, de modo muito bem articulado, a ponto de, sinceramente, não ter encontrado novos argumentos para me defender.

Àquela época, não trouxe essa questão para o debate com Zaneti. Não sei exatamente a razão dessa minha omissão. Talvez tenha simplesmente “me passado” quanto a isso, como se diz aqui na Bahia. A superveniência da Lei n. 14.230/2021 impôs-me, agora inevitavelmente, uma tomada pública de posição.

Há argumentos dogmáticos (jurídico-positivos) e epistemológicos (com função heurística) para compreender que a ação de improbidade administrativa não é espécie de ação coletiva e, por isso, está fora do seu respectivo microsistema normativo.

Do ponto de vista *dogmático*, salta aos olhos um fato de difícil contestação: nenhuma das normas *próprias* do processo coletivo é aplicada ao processo da ação de improbidade administrativa; não há, por exemplo, a) *fair notice* aos membros do grupo; b) certificação do processo para definição de grupo ou membros do grupo; c) ampliação do contraditório ao grupo e aos membros do grupo, com audiências públicas; d) extensão *in utilibus* da coisa julgada ao membro do grupo.

No processo coletivo, o formalismo processual é estruturado de modo a proteger os interesses do grupo e dos membros do grupo, considerados, ambos,

em alguma medida, vulneráveis; no processo da improbidade administrativa, a estruturação é feita em sentido diverso: proteger o réu. Os exemplos são inúmeros: *a*) justa causa para a propositura da ação (art. 17, §§ 6º e 6º-B); *b*) recorribilidade da decisão que rejeita preliminares suscitadas pelo réu (art. 17, § 9º-A); *c*) rigorosa estabilidade objetiva do processo (art. 17, § 10-C); *d*) rigorosa decisão de organização do processo (art. 17, §§ 10-C e 10-D); *e*) concretização ainda mais detalhada do que o CPC do dever de motivar (arts. 17, § 10-F e 17); *f*) proibição de sanção de confissão ficta em caso de o réu recusar-se a depor (art. 17, § 18), de presunção de veracidade das alegações de fato trazidas pelo autor em razão da revelia (art. 17, § 19, I) e de redistribuição dinâmica do ônus da prova (art. 17, § 19, II); *g*) não há remessa necessária (art. 17, § 19, IV, e art. 17-C, §3º); *h*) possibilidade de condenação do Ministério Público ao pagamento de honorários advocatícios, no caso de improcedência da ação, comprovada a má-fé (art. 23-B, § 2º); *i*) ordem diferenciada de bens sobre os quais a ordem de indisponibilidade pode recair (art. 16, § 11); *j*) transporte da coisa julgada civil e penal em favor do réu da improbidade administrativa (art. 21, §§ 3º e 4º). Como se vê, isso tem muito pouco, ou quase nada, a ver com a conformação dogmática do processo coletivo brasileiro.

Como se isso já não bastasse, ainda há o art. 17-D da Lei n. 8.249/1992, acrescentado pela Lei n. 14.230/2021, transcrito no item 1 deste texto, em que se proíbe que a ação de improbidade administrativa tenha por objeto qualquer das situações jurídicas coletivas ativas previstas no art. 1º da Lei n. 7.347/1985 – com a ressalva da pretensão ressarcitória, que aparece, agora, como efeito anexo da sentença de procedência na ação de improbidade, à semelhança do que ocorre com o dever de indenizar a vítima, efeito anexo da sentença penal condenatória. Ou seja, não dá para considerar como coletivo um processo que não pode ter por objeto uma situação jurídica coletiva. *Jamais foi preciso defender que a pretensão punitiva, no caso do processo penal ou no de um processo administrativo disciplinar, é um direito difuso, embora se saiba que a condenação penal possa ter efeitos coletivos, quando a vítima (não a titular da pretensão punitiva) é uma coletividade – tratamos disso neste volume do Curso.* E não vislumbro argumentos em favor da inconstitucionalidade desse art. 17-C, ressalvado sempre o direito de crítica à opção legislativa.

Do ponto de vista *epistemológico* – reflexão sobre o próprio saber científico, com evidente função heurística –, não parece fazer sentido tentar encaixar o processo de improbidade administrativa num tipo (“processo coletivo”), cujas características comuns são tão diferentes.

Certamente não era por acaso que, diante de dificuldades dogmáticas, como, por exemplo, com o regime da coisa julgada, optávamos, eu e Zaneti, por buscar no processo penal o paradigma normativo para a solução da lacuna da Lei n. 8.429/1992. Essa “fuga hermenêutica” para outro microsistema (o do processo penal) é um *bug* epistemológico muito comum: índice de falha no sistema de categorias jurídicas com que se vinha trabalhando.

Categorias são construídas a partir da reunião de características comuns de certos objetos – de *espécies a gêneros*, de *gêneros a famílias* etc., numa relação crescente

de generalização. Ao processo da ação de improbidade administrativa, falta boa parte das características comuns de um processo coletivo.

Para começar, é absolutamente irrelevante, para a compreensão do processo da ação de improbidade administrativa, manejar os conceitos de “grupo” e “membro do grupo”, assim como esses mesmos conceitos jamais foram necessários para a compreensão do processo penal.

A criação do conceito de “processo punitivo/sancionador”, mais abrangente, uma espécie de “passo atrás” epistemológico, parece realmente ser a postura mais correta. Ele conseguiria reunir processos com muitas características comuns, que poderiam ser agrupados numa mesma família: processo penal, processo administrativo sancionador, processo na justiça desportiva e até o inquérito para apuração de falta grave, no âmbito trabalhista. A nota “comum” a todos é a aplicação de sanção decorrente de exercício de poder punitivo e a necessidade de um regime jurídico de proteção do acusado/réu/investigado etc. As semelhanças do processo da improbidade administrativa com esses processos punitivos são bem evidentes; de outro lado, não é nem um pouco fácil aproximá-lo de uma ação coletiva para tutela de direitos difusos, por exemplo.

Há uma característica comum, no entanto, entre o processo da improbidade e o processo coletivo: a condução do processo pelo Ministério Público, em legitimação extraordinária. Nesse sentido, ambos são processos não penais instaurados por provocação do Ministério Público. Sucede que isso não é apanágio dos processos coletivos: a) há processos individuais conduzidos pelo Ministério Público, como o de interdição e o de alimentos para incapaz; b) há legitimação extraordinária em processo individual; c) há processos coletivos que *não são* instaurados pelo Ministério Público. *E jamais se precisou do conceito de processo coletivo para explicar a ação penal, também conduzida, em regra, pelo Ministério Público.*

Essas são as razões iniciais que me levam a considerar que o legislador brasileiro acertou e deu uma boa contribuição ao desenvolvimento da Ciência do Direito Processual, ao ajudar na construção da *família “processo punitivo”*, a que se liga o *gênero “processo punitivo não penal”*, de que o processo da ação de improbidade é uma *espécie*.