

OS EFEITOS DA COISA JULGADA NA AÇÃO CIVIL POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

THE EFFECTS OF RES JUDICATA IN CIVIL ACTION BY ADMINISTRATIVE IMPROBITY

Marcos Akira Mizusaki^{1 2}

Luiz Fernando Bellinetti³

RESUMO

A presente pesquisa busca apresentar os fundamentos jurídicos que concedem o duplo efeito da coisa julgada na ação civil de improbidade administrativa. O objetivo é demonstrar que devido às substanciais diferenças existentes entre a ação civil pública e a ação por improbidade administrativa, o duplo efeito sobre o instituto da coisa julgada na tutela da probidade é inevitável, comportando ao mesmo tempo a aplicação de dois artigos, vale dizer, o artigo 472, do Código de Processo Civil, e artigo 16, da Lei nº 7.347/85, quando julgada improcedente por falta de provas. Inicialmente, será demonstrado o significado da coisa julgada, os seus efeitos e limites. Na sequência, no intuito de desenvolver a tarefa, com uma análise dogmática jurídica de ambas as ações, serão apresentadas as diferenças existentes entre a ação civil pública e a ação de improbidade administrativa. Estes apontamentos representarão os fundamentos da natureza dúplice da coisa julgada, na hipótese de ação por improbidade administrativa quando julgada improcedente por falta de provas, fazendo a sentença coisa julgada material no que se refere às sanções por improbidade, permitindo-se somente nova ação com idêntico fundamento no que tange à tutela transindividual.

PALAVRAS-CHAVE: Coisa julgada; Interesses transindividuais; Ação civil pública; Improbidade administrativa;

¹ Promotor de Justiça. Graduado em Direito pela antiga Instituição Toledo de Ensino de Presidente Prudente (1992). Especialista em Interesses difusos e coletivos pela Escola Superior do Ministério Público (1999). Professor do curso de pós-graduação em Gestão Ambiental da Unoeste – Universidade do Oeste Paulista. Mestrando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina – PR.

² O trabalho foi elaborado pelo primeiro autor, sob orientação do segundo.

³ Procurador de Justiça. Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (1980). Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Estadual de Londrina (1985) e doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1997). Professor associado da Universidade Estadual de Londrina.

ABSTRACT

This research aims to present the legal basis granting the dual effect of *res judicata* in civil action for administrative improbity. The objective is to demonstrate that because of the substantial differences between the civil action and the action for administrative improbity, the dual effect about institution of *res judicata* under the tutelage of probity is inevitable, behaving while applying two items, ie, article 472 of the Code of Civil Procedure and article 16 of Law number 7.347/85, when adjudged for lack of evidence. Initially, it will be shown the meaning of *res judicata*, its effects and limits. Following, in order to develop the task, with a legal dogmatic analysis of both actions, the differences between the class action and the action of administrative improbity will be presented. These notes represent the foundations of the dual nature of *res judicata*, in the event of action for administrative improbity when adjudged loser for lack of evidence, making the judgment *res judicata* material in relation to sanctions for administrative improbity, allowing herself only new action with identical basis about transindividual tutelage.

KEYWORDS: *Res judicata*; Transindividual interests; Class action; Administrative improbity;

1. Introdução

A lei da ação civil pública, no que diz respeito à coisa julgada, trouxe uma regulamentação diferente do sistema comum do Código de Processo Civil, diferenciando-se nos seus limites subjetivos, bem como, trazendo restrições dos seus efeitos materiais nas hipóteses de improcedência por falta de provas. Com esta sistemática processual adotada, permite-se nova ação civil pública com idêntico fundamento, desde que se obtenham novas provas (art. 16, LACP).

Esta restrição dos efeitos materiais, a nosso ver, tem efeito parcial nas ações por improbidade administrativa. Com o presente artigo, demonstraremos que o artigo 16, da Lei nº 7.347/85, não se aplica nas hipóteses de sanções por improbidade administrativa, já que aqui estamos tratando do direito de punir do Estado, e não sobre à tutela de direitos transindividuais propriamente dito. Também sustentaremos que a legitimidade na ação de

improbidade, por envolver o *ius puniendi* do Estado, o direito de ação se limita àqueles que possam representar o Estado no polo ativo, não sendo qualquer legitimado da ação civil pública que pode promover a ação de improbidade, por se tratar de verdadeira legitimação *ordinária*.

Inicialmente, apresentaremos algumas considerações sobre a coisa julgada. Em seguida, serão demonstradas as principais diferenças entre ação civil pública e ação por improbidade administrativa, bem como os seus respectivos objetos de proteção judicial. Depois de esclarecidas as diferenças que entre as referidas ações, demonstraremos que o artigo 16, da nº 7.347/85 não se aplica totalmente nas ações por improbidade administrativa, aplicando-se na hipótese de improcedência por falta de provas, os artigos 16 referido, e 472, do Código de Processo Civil.

2. A coisa julgada

A República Federativa do Brasil, conforme dispõe o artigo primeiro da carta magna, constitui-se em Estado Democrático de Direito. No nosso sistema, a democracia qualifica o Estado de Direito, sendo certo que a sua manifestação no Poder Judiciário ocorre pelo instituto da coisa julgada. Portanto, o seu descumprimento representa a negação do Estado Democrático de Direito (NERY JÚNIOR, 2012, p. 55). Mais adiante, o jurista Nelson Nery Júnior (2012, p. 74) deixa claro que

quando se fala na intangibilidade da coisa julgada, não se deve dar ao instituto tratamento jurídico inferior, de mera figura o processo civil, regulada por lei ordinária, mas ao contrário, impõe-se o reconhecimento da coisa julgada com a magnitude constitucional que lhe é própria, ou seja, de elemento formador do estado democrático de direito, que não pode ser apequenado por conta de algumas situações, velhas conhecidas da doutrina e jurisprudência, como é o caso de sentença injusta, repelida como irrelevante.

A infinidade do processo leva à insegurança jurídica. Portanto, o reconhecimento da coisa julgada pela Constituição e regulamentada por normas infraconstitucionais, confortam os jurisdicionados acerca da atuação da justiça. Na verdade, “como instituto jurídico, é também, em última análise, criação do homem para facilitar e ordenar a vida em sociedade. Exatamente por isso, assim como a dogmática jurídica, à qual pertence, deve ser entendida como *meio para obtenção de fins*, e não como *fim em si mesmo*” (GIDI, 1995, p. 05).

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42), em seu artigo 6º, parágrafo terceiro, define “coisa ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso”. O artigo 467, do Código de Processo Civil, por seu turno, esclarece que a coisa julgada material consiste na “eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”. Diante dos textos legais, com o trânsito em julgado, os efeitos da sentença conhecedoras de mérito tornam-se imutáveis.

A coisa julgada pode ser, segundo Pedro da Silva Dinamarco (2001, p. 96),

formal (entendida como a preclusão impugnativa, ou seja, contra a sentença não cabe mais recurso – é portanto, fenômeno exclusivamente endoprocessual) ou *material* (é a imutabilidade da sentença de mérito, gerando a solução definitiva para uma situação da vida). A primeira é pressuposto da segunda e não impede, por si só, o julgamento de mérito de uma segunda demanda idêntica.

A coisa julgada formal representa tão somente a preclusão e não a coisa julgada que se refere a Constituição, vale dizer,

quando a sentença não está mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário, quer porque dela não se recorreu; quer porque se recorreu em desacordo com os requisitos de admissibilidade dos recursos ou com os principais fundamentais dos recursos; quer, ainda, porque foram esgotados todos os meios recursais de que dispunham as partes e interessados naquele processo (NERY JÚNIOR, 2012, p. 67).

A sentença de mérito representa o objeto da coisa julgada material. Este ocorre quando “o juiz profere sentença nas hipóteses do CPC 269. Acolher ou rejeitar o pedido (CPC 259, I) significa pronunciar-se pela procedência ou improcedência da pretensão (lide, objeto, mérito, pedido, objeto litigioso – *streitgegenstand*), isto é, sobre o bem da vida pretendido pela parte” (NERY JÚNIOR, 2012, p. 58s).

A coisa julgada também tem seus limites, que podem ser objetivos ou subjetivos. Para compreendermos os limites objetivos da coisa julgada, temos que nos socorrer ao disposto do artigo 469, do Código de Processo Civil. Consoante ensinamento de Grinover, Dinamarco e Araújo Cintra (2012, p. 343), “o Código de Processo Civil assinala-as expressamente ao prescrever que não fazem coisa julgada: a) os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; b) a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; c) a apreciação da questão prejudicial, decidida

incidentalmente no processo (art. 469)”. Percebe-se que somente nos resta o dispositivo da sentença que será acobertado pelo manto da coisa julgada.

Quanto aos limites subjetivos, o artigo 472, do Código de Processo Civil, estabelece que a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Esta restrição decorre da própria Constituição Federal. Como bem esclarecem Grinover, Dinamarco e Araújo Cintra (2012, p. 346), “quem não foi sujeito do contraditório, não tendo a possibilidade de produzir suas provas e suas razões e assim influir sobre a formação do convencimento do juiz, não pode ser prejudicado pela coisa julgada *conseguida inter alios*”.

Em se tratando de tutela coletiva, no entanto, a coisa julgada pode ocorrer *secundum eventum probationis*. A coisa julgada determinada pelo resultado da lide (*secundum eventum litis*), gênero do qual é espécie a coisa julgada segundo o resultado da prova (*secundum eventum probationis*), constitui-se como expediente de exceção à intangibilidade da coisa julgada. Sendo assim, apenas e somente pode ser utilizado nos casos arrolados taxativamente pela lei, não se admitindo interpretação extensiva ou analógica (NERY JÚNIOR, 2012, p. 71).

Adiante Nelson Nery Júnior (2012, p. 71) esclarece com propriedade que

o ordenamento jurídico abre exceção a esse princípio, permitindo a repositura de ação popular, ação civil pública e ação coletiva para a defesa de direitos difusos ou coletivos, quando tiverem sido julgadas improcedentes por falta ou insuficiência de provas (LAP 18, LACP 16, CDC 103, I e II). Não tendo havido autoridade da coisa julgada sobre a pretensão, qualquer das partes ou colegitimado pode repropor a mesma e idêntica ação.

Isso acontece porque as ações coletivas tutelam direitos transindividuais, atingindo pessoas indeterminadas com objeto indivisível, de modo que o instituto da coisa julgada teve que ser remodelada, adequando-a para esta nova categoria de direitos.

Na jurisdição singular, a própria delimitação do conflito entre pessoas determinadas já define que a eficácia da declaração fique cingida às partes que integram o processo; fora dessa ambiente intersubjetivo, a coisa julgada deve ser expandir extra-autos, em maior ou menor irradiação, na razão direta da dimensão do conflito coletivo judicializado. Essa expansão, conquanto determinada na gradação estabelecida *ex lege* (MANCUSO, 2007, p. 312).

3. A ação civil pública e seu objeto

Os sistemas jurídicos processuais de tutela de direitos devem acompanhar as necessidades coletivas, de acordo com a evolução da sociedade. Assim, os instrumentos processuais para proteção em juízo devem estar à disposição das pessoas em geral, na hipótese de conflito de interesses, sejam individuais ou coletivos, público ou privados.

No entanto, neste mundo moderno que vivemos, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, com excessos no consumo, avanços tecnológicos, crescimento populacional, industrialização e globalização da sociedade contemporânea, verificamos que os conflitos de interesses aparecem na mesma proporção (DIDIER JR & ZANETE JR, 2011, p.35). Portanto, o desafio maior também é a busca das soluções de conflito de massas e com a maior brevidade possível. Diante disso, os processualistas não podem perder de vista que o aperfeiçoamento dos mecanismos destinados à pacificação social deve ser objeto de estudo constante, para que as soluções de controvérsias sejam realizadas com celeridade e eficiência. Os institutos processuais como jurisdição, ação, defesa e processo, existem para que o jurisdicionado tenha acesso à ordem jurídica, outorgando-lhe o bem a que tem direito (FERRARESI, 2009, 31).

As ações coletivas, portanto, vem de encontro aos interesses da sociedade que tanto almeja no tocante à proteção de seus direitos que estão dispersos na coletividade, com maior brevidade e eficiência. Nos conflitos de massa sem proteção coletiva, observa-se uma verdadeira loteria judiciária, com decisões judiciais muitas vezes opostas proferidas em casos idênticos, aliada ao desestímulo pelo valor em litígio, permitindo enriquecimento ilícito da parte contrária nas hipóteses de direitos individuais homogêneos, evidenciando o processo individual como impróprio ou deficiente para conflitos envolvendo grupos de pessoas, determináveis ou não.

Mas a existência de mecanismos processuais torna-se vazia sem a devida correlação ao direito material. O conhecimento do direito material é um pressuposto ao estudo do direito processual, para que o instrumento colocado à disposição da sociedade à tutela judicial venha de encontro à proteção do direito material (FERRARESI, 2009, p. 32).

Na verdade, “a sociedade passou a ter consciência de novos direitos sociais, que devem ser tutelados coletivamente. Assim, vem-se criando uma nova mentalidade dos empresários e da população em geral, cientes de que existe um sistema processual que

virtualmente poderá ser utilizado como eficácia para proteção desses direitos” (DINAMARCO, 2001, p. 41).

Como mecanismo de defesa, institui-se no sistema jurídico brasileiro a ação civil pública, consiste no instrumento processual de defesa judicial dos interesses de grupos de pessoas ou de pessoas que se encontram dispersas na coletividade. A fonte de inspiração da instituição de uma demanda coletiva foi sem dúvida do sistema norte-americano (ALVIM, 2012, p. 83). A propósito, no mesmo sentido, comenta Ada Pellegrini Grinover (2007, p. 882) que “o legislador brasileiro inspirou-se nas *class actions* americanas para criar, primeiro, as ações coletivas em defesa de interesses difusos e coletivos, de natureza indivisível. E o fez por intermédio da denominada Lei da Ação Civil Publica”. Criada pela Lei nº 7.347/85, é destinada

a promover a tutela de direitos e interesses metaindividuais. Compõe-se de um conjunto de mecanismos destinados a instrumentar demandas preventivas, reparatorias e cautelares de quaisquer direitos e interesses difusos e coletivos, nomeadamente ‘as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais’ causados ao meio ambiente, ao consumidor, a ordem urbanística, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, à ordem econômica e à economia popular e a outros direitos ou interesses difusos e coletivos (ZAVASCKI, 2014, p. 53).

Como legitimados ativos, a lei concedeu o direito de ação ao Ministério Público, Defensoria Pública, União, Estados, Distrito Federal, Municípios, Autarquias, Empresas Públicas, Sociedades de Economia Mista, Fundações, e às Associações legalmente constituídas há mais de um ano, e que tenha incluído como suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (art. 5º da Lei nº 7.347/85), sendo todos verdadeiros legitimados extraordinários (MAZZILLI, 2008, p. 64s).

Os interesses protegidos pela Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), Código de Defesa do Consumidor, Lei da Ação Popular e Mandado de Segurança (referente ao mandado de segurança coletivo) correspondem a direitos transindividuais, ou seja, protegem interesses que vão além do interesse individual.

O estudo desta categoria de direitos, segundo Kazuo Watanabe (2007, p. 792s),

surgiu e floresceu na Itália nos anos 70. Denti, Cappelletti, Proto Pisani, Vigoriti, Trocker anteciparam o Congresso de Paiva de 1974, que discutiu seus aspectos fundamentais, destacando com precisão as características que

os distinguem: indeterminados pela titularidade, indivisíveis com relação ao objeto, colocados a meio caminho entre os interesses públicos e os privados, próprios de uma sociedade de massa e resultado de conflitos de massa, carregados de relevância política e capazes de transformar conceitos jurídicos estratificados como a responsabilidade civil pelos danos causados no lugar da responsabilidade civil pelos prejuízos sofridos, como a legitimação, a coisa julgada, os poderes e responsabilidade do juiz e do Ministério Público, o próprio sentido da jurisdição, da ação e do processo.

A partir destes estudos, nasceu esta nova categoria de direitos, estranha ao interesse público e privado, denominados *latu sensu* de *direitos coletivos*, consignado como uma nova categoria política e jurídica, que comportam três espécies, quais sejam, difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos (DIDIER JR & ZANETE JR, 2011, p.75).

Essa classificação não é comum na doutrina alienígena. Nos Estados Unidos, por exemplo, não tem a preocupação científica de fazer a diferenciação. Na Europa, por seu turno, “tem-se escrito muito sobre o assunto, mas esses interesses ainda são vistos como fazendo referência a uma realidade complexa e de limites poucos claros, com raras distinções entre as diversas espécies de interesses pluriindividuais” (DINAMARCO, 2001, p. 49).

No Brasil, no entanto, estes direitos, como já mencionado alhures, são protegidos judicialmente pela Lei da Ação Civil Pública (*Lei nº 7.347/85*), Código de Defesa do Consumidor, Lei da Ação Popular e Mandado de Segurança (*referente ao mandado de segurança coletivo*). As suas respectivas definições estão especificamente no Código de Defesa do Consumidor, talvez até fruto de críticas doutrinárias por ocasião da entrada entrou em vigor a Lei da Ação Civil Pública, ao se referir à tutela de direitos difusos e coletivos, mas sem trazer o seu significado.

O artigo 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, inciso I, define “interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”. A definição jurídica representa o significado próprio do termo, em algo disperso, espalhado, fragmentado.

Nos direitos difusos⁴, temos presente três elementos que compõem o conceito: fato, direito indivisível e sujeitos indeterminados.

⁴ Para Bellinetti, “os interesses difusos podem ser caracterizados a partir de dois aspectos:

1.º - Aspecto subjetivo: Sob esta perspectiva, vislumbram-se as características da Indeterminação dos membros do grupo ao qual o interesse pertine, bem como a inexistência de relação jurídica base entre tais pessoas.

2.º - Aspecto objetivo: A característica é a Indivisibilidade do bem jurídico, ou seja uma única ofensa prejudica a todos e uma solução a todos beneficia” (2005, págs.666/671).

Os sujeitos atingidos pelos danos difusos são anônimos, não tendo como identificá-los, pois se encontram dispersos na coletividade. Desta forma, na hipótese de poluição do ar, por exemplo, não temos como identificar todas as pessoas que estão respirando este ar poluído. Daí a indeterminabilidade de identificação dos sujeitos.

Este direito, no entanto, quando tutelado, beneficia a todos, e não há como ser diferente, por ser indivisível o objeto. Isto acontece porque ele atinge e pertence a todos indistintamente, não podendo ser cindido. Como na hipótese colocada acima, uma vez condenada a empresa a colocar um filtro, não há como despoluir o ar somente para algumas pessoas. Por fim, nota-se que todas as pessoas atingidas se ligam pelo mesmo fato (*poluição do ar*).

É precioso esclarecer que os direitos difusos não são subespécie de interesse público. “Embora em muitos casos possa até coincidir o interesse de um grupo indeterminável de pessoas com o interesse do Estado ou com o interesse da sociedade como um todo (*como o interesse ao meio ambiente sadio*), a verdade é que nem todos interesses difusos são compartilhados pela coletividade ou comungados pelo Estado” (MAZZILLI, 2008, p. 54).

No tocante aos direitos coletivos, inicialmente é primoroso esclarecer que a expressão “direitos coletivos” utilizada pela Constituição Federal, no título II, encontra-se em sentido amplo, abrangendo todos os direitos transindividuais. No entanto, a lei federal disciplinou-o de forma estrita, definindo direitos coletivos (*stricto sensu*) no artigo 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, inciso II. A lei define “interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”.

Os elementos que integram o conceito de direitos coletivos envolvem sujeitos determinados (*ou determináveis*), direito indivisível e relação jurídica base⁵.

Diferentemente dos direitos difusos, nos direitos coletivos as pessoas lesadas podem ser identificadas ou são identificáveis. Isto ocorre porque existe uma relação jurídica base preexistente, seja entre si ou com a parte contrária. Caso exista vício nesta relação jurídica, legitima-se a intervenção em favor do grupo, categoria ou classe de pessoas. Ocorrendo

⁵ Para Bellinetti, “os Interesses coletivos, seguindo os mesmos critérios, podem ser assim caracterizados:

1.º - Aspecto subjetivo: A existência de relação jurídica base entre os membros do grupo (“titulares”) ou com a parte contrária, bem como a determinabilidade dos membros do grupo (“titulares”)

2.º - Aspecto objetivo: Indivisibilidade do bem jurídico, significando que uma única ofensa prejudica a todos e uma solução a todos beneficia” (2005, págs.666/671).

proteção judicial com a conseqüente anulação de uma cláusula ou cláusulas, a todos beneficiam. Diante disso, observamos a indivisibilidade do direito. Assim, na hipótese de um contrato de adesão de plano de saúde onde se verifica a existência de cláusula abusiva, temos típico caso de lesão a interesse coletivo. No exemplo em discussão, podemos identificar todos os lesados, porque eles possuem uma relação jurídica (*preexistente*) com a parte contrária. Sendo declarada nula a cláusula considerada abusiva, a todos aproveitam (*direito indivisível*).

Os direitos coletivos pressupõem a existência de relação jurídica. Não sendo preexistente, não há que se falar em direitos coletivos. Com efeito, na hipótese colocada acima, se também fosse incluído no pedido da ação civil pública, que nos futuros contratos de adesão sejam excluídas as supostas cláusulas abusivas, estaremos tutelando direitos difusos, já que não temos como identificar as futuras pessoas que iriam celebrar este contrato (*inexistência de relação jurídica*).

Devemos, no entanto, atentarmos que a determinabilidade de grupo não representa a somatória de interesses. Como bem leciona Luiz Fernando Bellinetti (2005, p. 669),

essa determinabilidade dos componentes do grupo não implica em titularidade de interesses individuais (soma de interesses), mas sim em uma circunstância que torna o interesse coletivo mais restrito que o interesse difuso, porque beneficia apenas a uma parcela determinada da sociedade (consistindo na síntese dos interesses dos componentes do grupo) e não a ela difusamente como um todo.

E isso ocorre exatamente porque há indivisibilidade do bem Jurídico, vale dizer, um único agravo a todos ofende e uma única solução restaura o interesse coletivo para todos.

A proteção de direitos individuais homogêneos não nasceu com os direitos difusos e coletivos, visto que a Lei da Ação Civil Pública (*Lei nº 7.347/85*), não contemplava esta categoria de direitos. A sua primeira exceção ocorreu com a Lei nº 7.913/89, que se permitiu a ação civil pública para a tutela dos titulares de valores imobiliários e aos investidores do mercado, de acordo com seus prejuízos. No entanto, a sua instituição no direito brasileiro teve grande influência norte-americana, servido a *class actions* como principal fonte de inspiração, com as adaptações às nossas peculiaridades geográficas, sociais, políticas e culturais (DINAMARCO, 2001, p. 58).

O artigo 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, inciso III, define “interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”. Nota-se que a homogeneidade e a origem comum representam os requisitos desta categoria de direitos.

Esta *origem comum* do dano não é necessária que “ocorra em um só lugar ou momento histórico, mas que dele decorra a homogeneidade entre os direitos dos diversos titulares de pretensões individuais” (DIDIER JR & ZANETE JR, 2011, p.78). Ela pode ser de fato ou de direito, não significando necessariamente uma unidade factual ou temporal. Assim, na hipótese de uma publicidade enganosa veiculada por vários dias, torna-se a origem comum entre os lesados, ainda que veiculada em datas e horários diferentes (WATANABE, 2007, p. 825).

Ela ainda pode ser “próxima ou imediata, como no caso de uma queda de um avião, que vitimou diversas pessoas; ou remota, mediata, como no caso de um dano à saúde, imputado a um produto potencialmente nocivo, que pode ter tido como causa próxima as condições pessoais ou o uso inadequado do produto. Quanto mais remota for a causa, menos homogêneos serão os direitos” (WATANABE, 2007, p. 825). A homogeneidade desta categoria de direitos decorre justamente da origem ser comum, não necessitando que sejam numa unidade factual e temporal. Na verdade, como bem esclarece Barbosa Moreira, enquanto os direitos difusos e coletivos são essencialmente coletivos, os direitos individuais homogêneos são acidentalmente coletivos (MOREIRA, 1984).

Como já mencionado alhures, os direitos difusos e coletivos são indivisíveis no seu aspecto material, de modo que a tutela processual obrigatoriamente acaba sendo também de forma indivisível (*por isso que são considerados indivisíveis*). No entanto, os direitos individuais homogêneos são divisíveis no seu aspecto material, ou seja, cada lesado tem o seu dano, que pode ou não ser similares. Contudo, semelhantemente aos direitos difusos e coletivos, a sua tutela em juízo também é feita de forma indivisa, sendo protegido de forma global a todos os lesados. Sobre o assunto, com propriedade comenta Luiz Fernando Bellinetti (2005, p. 669s) que

[...] os interesses individuais homogêneos são interesses divisíveis de pessoas determináveis, que o ordenamento permita serem tratados englobadamente e de forma indivisa por derivarem de uma origem comum, sendo absolutamente importante ressaltar que não se confundem com os interesses individuais das pessoas componentes do grupo, pois o seu objeto é que seja cumprido o dever jurídico de recomposição dos interesses individuais de todos os prejudicados pela atividade danosa, conforme o esquema de relação jurídica de direito material anteriormente referido.

E logo adiante, esclarece como podem ser caracterizados os direitos individuais homogêneos:

1.- Aspecto subjetivo: Origem comum, consistente na existência de relação jurídica base com a parte contrária, e a determinabilidade dos componentes do grupo a que diz respeito o interesse ('titulares').

2.º - Aspecto objetivo: Indivisibilidade o bem jurídico, pois embora existam várias ofensas, são elas visualizadas englobadamente - daí a indivisibilidade, porquanto um único provimento a todos aproveita, e a partir dele cada um pode individualizar o seu Interesse em ações individuais embora eventualmente a própria execução possa ser coetiva, como previsto em nosso direito positivo no artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor (2005, p. 670).

Para exemplificarmos, imaginemos na hipótese de um aumento abusivo na mensalidade escolar, onde houve o pagamento a maior de 10 % das mensalidades por 12 meses. Uma ação coletiva contra a escola postulando devolução total destes valores, temos a proteção de direitos individuais homogêneos. Embora cada aluno poderia individualmente propugnar seu reembolso, ao invés de termos centenas de ações, bastaria uma para tutelar globalmente (*de forma indivisa*) o direito de todos.

É importante esclarecermos que a ação coletiva para a tutela de direitos individuais homogêneos, tem implícitos o interesse na economia processual e unidade da jurisdição, bem como, objeto de proteção os interesses da sociedade em geral (*direitos indisponíveis*). Conseqüentemente, o número de lesados terá relevância para legitimar a sua proteção através de uma ação coletiva. Assim, tendo poucos lesados, faltaria interesse de agir na sua proteção por meio da ação coletiva e cada lesado deverá postular a sua tutela individualmente ou em litisconsórcio ativo.

Concluindo, os interesses difusos e coletivos são tratados pela lei material como direitos indivisíveis (art. 81, do CDC), enquanto que os individuais homogêneos como direitos divisíveis. No entanto, a sua tutela judicial, nas três hipóteses, temos a proteção geral, ou seja, de forma indivisa. Assim, enquanto os direitos difusos e coletivos são material e processualmente indivisíveis, os direitos individuais homogêneos são materialmente divisíveis, mas processualmente indivisíveis quando tutelados através da ação coletiva.

4. A ação por improbidade administrativa e seu objeto

Os legitimados da ação por improbidade administrativa não são os mesmos da ação civil pública, sendo o primeiro mais restrito que o segundo. O artigo 17, da Lei nº 8.429/92,

estabelece que a ação principal será proposta pelo “Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada”. O que a lei exige na verdade é a satisfação da pertinência subjetiva da pessoa jurídica, exceto no caso o Ministério Público, cuja pertinência é presumida pela lei. Com propriedade, leciona Sérgio Ferraz (2001, 371) sobre o tema:

- para a propositura da ação pela pessoa jurídica imprescindível será o requisito da pertinência subjetiva: isto é, o interesse dedutível em juízo deverá estar encartado nas atribuições ou finalidades da pessoa jurídica autora;
- o Ministério Público, como órgão da sociedade, não está adstrito ao crivo da pertinência subjetiva (salvo no que diz respeito ao timbre federativo; assim, ao Ministério Público Federal competirão, com exclusividade, as iniciativas do interesse federal, aí incluídas as pertinentes aos Territórios; ao Ministério Público Estadual, as que de interesse estadual e municipal). Em contrapartida, ressalvada a hipótese de descabimento em tese da ação, não tem o Ministério Público disponibilidade para propor ou não a ação;

A interpretação que se faz do artigo 17 referido deve ser de forma restritiva, em consonância com o artigo 37, da Constituição Federal (e não com o artigo 5º, da Lei da Ação Civil Pública), posto que a alusão feita à pessoa jurídica interessada de forma simplista se mostra incompleta. Na verdade, a pessoa jurídica interessada consiste naquela em que a Constituição atribui o dever de obediência aos princípios da Administração. Assim,

a solução a ser dada é aquela que compreende como legitimadas ativas as entidades componentes da Administração Pública direta, indireta ou fundacional, porque elas tem o dever primário de obediência aos princípios do art. 37 da Constituição Federa, razão pela qual as constantes do art. 1º, caput, são legitimadas ativas, ao passo que as referidas no art. 1º, parágrafo único, por não integrarem a Administração Pública, não tem legitimação ativa, não obstante os atos de improbidade administrativa contra elas praticados sejam alvo da proteção legal específica (MARTINS JÚNIOR, p. 360s).

Corroborando nesta assertiva, Ricardo Barros Leonel (2011, p. 128) também apresentou primorosa conclusão sobre o tema, esclarecendo que

a legitimação para a propositura da demanda fundada na Lei de Improbidade Administrativa é mais restrita que a da Lei da Ação Civil Pública, pois só o Ministério Público, as pessoas jurídicas de direito público lesadas é que podem implementar a demanda coletiva assim motivada. Essa restrição ao rol de legitimados, aqui, foi intencional, levando em conta o legislador o caráter sancionador da Lei de Improbidade, embora contenha ele sanções civis.

Embora colocado primeiro lugar como legitimado, o Ministério Público foi integrado no polo ativo como um sistema de freios e contrapesos, pois é a *pessoa jurídica interessada* que tem o dever de agir. Assim, para não correr o risco de vícios no dever de ação por questões partidárias ou políticas, a presença do Ministério Público como legitimado ativo assegura à sociedade a tutela em juízo para aplicação das sanções por probidade administrativa, além da obrigatoriedade de assumir a titularidade ativa em caso de abandono ou desistência infundada da ação.

A ação por improbidade administrativa tem como objeto principal a busca do direito de punir do Estado, que são semelhantes da ação penal. No entanto, a lei permite de cumulativamente e de forma acessória, a busca da reparação do dano difuso, que não representa necessariamente em sanção. Como bem comenta o Ministro Teori Albino Zavascki (2013, p. 108s) sobre a característica fundamental da ação de improbidade administrativa, é de

uma ação tipicamente repressiva: destina-se a impor sanções. Todavia, é uma ação de dupla face: é repressivo-reparatória, no que se refere à sanção de ressarcimento ao erário; e é repressivo-punitiva, no que se refere às demais sanções. Quanto ao primeiro aspecto, ela é semelhante à ação civil pública comum; mas quanto ao segundo aspecto, ela assume características incomuns e inéditas, sem similar em nosso sistema processual civil. Seu objeto específico, de aplicar sanções substancialmente semelhantes às impostas nas infrações penais, não só a afasta dos padrões civis comuns, como a aproxima necessariamente da ação penal.

Evidencia-se que na ação por responsabilidade decorrentes de improbidade administrativa, o legislador constituinte não se contentou com a reparação do dano e imposição de sanções penais e administrativas. Conforme se observa, o artigo 37, parágrafo 4º, da Constituição Federal, estabelece que “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

A Lei nº 8.429/92, por seu turno, ao regulamentar o referido artigo, estabeleceu em seu artigo 12, que os agentes públicos, em decorrência de atos de Improbidade Administrativa, estarão sujeitos às seguintes sanções, que serão aplicadas cumulativamente ou não, de acordo com a gravidade do fato: a) perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; b)

ressarcimento integral do dano; c), perda da função pública; d) suspensão dos direitos políticos; e) pagamento de multa civil; f) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

A indisponibilidade de bens referida pela Constituição não constitui uma sanção, mas sim uma medida acautelatória destinada a assegurar a base patrimonial (ZAVASCKI, 2014, p. 97). Do mesmo modo, observa-se tocante ao ressarcimento ao erário. Na verdade, trata-se de “uma sanção em sentido genérico, sendo disciplinada pelo regime jurídico a responsabilidade civil. Trata-se da mais elementar e natural sanção jurídica para os casos de infração ao direito que acarretam lesões patrimoniais ou morais, sendo cabível como objeto próprio da ação judicial proposta pelo lesado e da ação civil pública em defesa do erário” (ZAVASCKI, 2014, p. 97).

Com exceção da suspensão dos direitos políticos, que tem natureza política, as demais sanções possuem natureza patrimonial. Com efeito, Garcia e Alves (2010, p. 529), com propriedade, esclareceram a natureza jurídica das sanções por improbidade:

princiando pelo bem jurídico a ser subtraído ou restringido, é possível afirmar que as sanções de multa, proibição de contratar com o poder público, proibição de receber benefícios fiscais ou incentivos fiscais e creditícios, ressarcimento do dano e perda de bens e valores têm natureza *patrimonial*. A sanção de perda da função pública, no plano mediato, assume contornos patrimoniais, e, no imediato, tem contornos funcionais. Nesse último caso, a dissolução do vínculo é consequencial, estando atrelada à esfera jurídica em que situado o ilícito (penal, cível, administrativa ou política). Quanto a sanção de suspensão dos direitos políticos, que restringe o direito de votar e ser votado, alijando o improbo do processo político, sua natureza é política.

Embora resguardem semelhanças com sanções penais, entendemos que as sanções por improbidade administrativa tem natureza cível.

5. O duplo efeito da coisa julgada nas ações de improbidade administrativa

A questão inicial que se coloca nesta oportunidade é se a legitimidade ativa na ação por improbidade seria ordinária ou extraordinária. Por legitimação ordinária, compreende-se por aquela exercida em juízo pelo próprio titular do direito material, enquanto que a extraordinária ocorre quando alguém comparece em juízo em nome próprio, para a tutela de

interesse de terceiro. Como bem leciona Hugo Nigro Mazzilli (2008, p. 63), “a legitimação *ordinária* – que constitui regra no Direito –, àquele que invoca a condição de titular do direito material supostamente lesado, é que cabe pedir sua proteção em juízo. [...] A legitimação será *extraordinária*, ou anômala, quando o Estado não levar em conta a titularidade do direito material para atribuir a titularidade de sua defesa em juízo”.

Na hipótese da ação por improbidade administrativa referente à imposição de sanções (exceto quanto ao pedido de ressarcimento), percebe-se que a ação envolve o direito de punir do Estado. Portanto, o Ministério Público e a pessoa jurídica interessada estão na verdade representando o Estado *latu sensu* no seu direito de punir, de modo que é o próprio titular do direito material que promove a ação em juízo por improbidade administrativa. Destarte, conclui-se que legitimidade que se refere o artigo 17, da Lei nº 8.429/92 é ordinária.

Esta manifestação do direito de punir do Estado na ação de improbidade também é defendida pelo Ministro Teori Albino Zavascki (2014, p. 96), o qual esclarece que “tais sanções (aqui num sentido estrito) compõem o *ius puniendi* do Estado, cuja face mais evidente é a da repressão de ilícitos penais, mas que se manifesta também em ilícitos administrativos e disciplinares. Relativamente a elas, o regime jurídico é completamente diferente do previsto para as sanções civis”.

Confrontando, ainda, os objetos de tutela da ação civil pública e da ação por improbidade, percebe-se que as mesmas resguardam diferenças, de modo que a aplicação do mesmo instituto da coisa julgada nas duas ações se mostra inviável. Com efeito, enquanto a ação civil pública tem por objeto a tutela de direitos transindividuais, a ação por improbidade tem por objeto, além da tutela de direito difuso, a busca da punição dos agentes ímprobos (direito de punir). Por consequência, o tratamento jurídico da coisa julgada também deve se aplicada de forma diferente, sendo o sistema comum (art. 472 do CPC) nas hipóteses das sanções por improbidade administrativa, e a regra *secundum eventum probationis* no tocante ao ressarcimento ao erário.

A propósito, no mesmo sentido, ponderam Didier e Zaneti (2011, 376s), “não seria razoável admitir que se pudesse renovar a demanda pela aplicação de sanções por ato de improbidade, no caso de a primeira demanda houver sido rejeitada por insuficiência de provas”.

Outra diferença relevante entre os dois institutos consiste na natureza da responsabilidade, vale dizer, se ela é objetiva ou subjetiva. A responsabilidade do agente público perante lei de improbidade será sempre subjetiva, de modo que é imprescindível a

demonstração de dolo ou culpa para imposição das sanções. Seguindo o ensinamento do Ministro Teori Albino Zavaski (2014, p. 96) “as condutas típicas são, em regra, dolosas. As culposas constituem exceção e, como tais, supõem lei que expressamente as admita. A responsabilidade objetiva não é compatível com essa espécie de sanção”. Por outro lado, a responsabilização por danos transindividuais, via de regra, será objetiva, e excepcionalmente subjetiva.

Com este tratamento diferenciado, torna-se mais clara a aplicação do artigo 23, 8.429/92 no que se refere à prescrição, estando sujeitos somente às sanções previstas no artigo 12 da referida lei, que tenham cunho punitivo. No que tange à reparação do erário, a mesma é imprescritível por força do artigo 37, parágrafo 5º, da Constituição Federal. Alia-se a isso ao fato de que as sanções, para serem aplicadas, tem como embasamento legal o artigo 12, da lei nº 8.429/92, enquanto que o ressarcimento ao erário decorre da lei civil, ou seja, o fundamento legal para impor o ressarcimento é diferente das demais sanções por improbidade.

Pode-se acrescentar, ainda, que o ressarcimento ao erário, como decorre da lei civil, pode ser objeto de transação pelos órgãos públicos legitimados, nos termos do artigo 5º, parágrafo 6º, da Lei 7.347/85, enquanto que as sanções não podem ser objetos de acordos por expressa vedação legal (artigo 17, parágrafo 1º, da Lei 8.429/92). Assim, a vedação existente na Lei de Improbidade Administrativa não obsta a composição no que tange ao ressarcimento. Tanto é verdade, que se as sanções já estiverem prescritas, do mesmo modo, não haverá nenhum óbice de ser feito acordo para reparação do dano difuso.

Não se ignora que as sanções por improbidade resguardam semelhanças com aquelas aplicadas pela justiça criminal. Por conta disso, sustenta-se inclusive a aplicação do princípio *in dubio pro reo* na oportunidade da prolação da sentença (GARCIA e ALVES, 2010, p. 1012). Com isso, presume-se que, para aplicar as sanções, necessário se faz a busca da *verdade real*, não comportando o instituto da revelia na ausência de contestação.

Por outro lado, no tocante ao ressarcimento ao erário, basta a verdade formal para ser julgada procedente, aplicando-se por conseguinte os efeitos da revelia, visto que os seus efeitos afetarão apenas os direitos disponíveis do réu (direito patrimonial).

Exemplificando, imaginemos uma ação por improbidade administrativa proposta contra um Prefeito Municipal que desviou para seu interesse privado verbas públicas. Nesta ação, temos como pedido o ressarcimento integral do dano e a aplicação das sanções por improbidade administrativa. Todavia, a ação foi julgada improcedente por falta de provas. Depois do trânsito em julgado, se obtém novas provas comprovando que efetivamente houve

o desvio. Nesta nova ação, será discutido somente o ressarcimento, pois às sanções já estarão acobertadas pela coisa julgada material. É possível inclusive ser proposta a transação, caso o agente público ímprobo aceite. E mais, na hipótese de propositura da ação, caso o réu não conteste, será integralmente aplicada os efeitos da revelia.

Por derradeiro, até por uma interpretação extensiva do direito penal, nos leva à conclusão da existência da coisa julgada material no tocante às sanções por improbidade. Com efeito, se na ação penal pública, uma vez julgada improcedente por falta de provas, faz coisa julgada material, onde o Estado busca a aplicação de penas mais graves, com maior razão deve ocorrer coisa julgada material nas ações por improbidade, que tem por objeto sanções de natureza civil.

6. Conclusões

Nas ações de improbidade administrativa que se postulam cumulativamente a reparação do dano ao erário e a aplicação das sanções previstas no artigo 12, da lei nº 8.429/92, em caso de improcedência da ação por falta de provas, a coisa julgada terá um duplo efeito, aplicando-se o artigo 472, do Código de Processo Civil, para as sanções por improbidade, ocorrendo a coisa julgada material, e artigo 16, da Lei nº 7.347/85, no que tange à reparação do dano (*secundum eventos probationis*). Assim, na hipótese de propositura de uma segunda ação, com base em novas provas, somente se permitirá a busca do ressarcimento, posto que a coisa julgada *secundum eventos probationis* se limita às ações de tutela transindividuais.

Isso acontece porque, embora tuteladas em apenas uma ação, resguardam grandes diferenças, quais sejam:

a) na ação por improbidade temos a pretensão de punir do Estado, defendido por legitimado ordinário, ou seja, Ministério Público ou pessoa jurídica interessada, sendo certo que o pedido de ressarcimento ao erário contido na mesma ação, pode também ser defendido por outros legitimados extraordinários (ou legitimação anômala defendida por alguns juristas), previstos no artigo 5º, da Lei nº 7.347/85.

b) somente as sanções por improbidade administrativa é que estão sujeitas à prescrição (art. 23 da Lei nº 8.429/92), enquanto que o dano ao erário é considerado imprescritível pela Constituição Federal.

c) a responsabilidade pelo ato de improbidade sempre será subjetiva, dependente de comprovação da culpa do agente, enquanto que a responsabilidade por danos transindividuais, pode ser objetiva ou subjetiva, dependendo da lei material a ser aplicada. No entanto, via de regra, a responsabilidade será objetiva.

d) a imposição das sanções por improbidade administrativa decorre da Lei nº 8.429/92, enquanto que o ressarcimento ao erário decorre da lei civil.

e) por uma interpretação extensiva do direito penal, se na ação penal pública, onde se busca a aplicação de sanções mais severas daquelas previstas na lei de improbidade, uma vez julgada improcedente por falta de provas faz coisa julgada material, com maior razão se defende a existência da coisa julgada material.

f) o objeto da ação civil pública pode ser transacionado pelos órgãos públicos legitimados, enquanto que as sanções por improbidade não podem ser objetos de transação por expressa vedação legal (art. 17, parágrafo primeiro, a Lei nº 8.429/92).

g) no que tange ao pedido de aplicação das sanções, como envolve direitos indisponíveis do agente público (art. 17, parágrafo primeiro, a Lei nº 8.429/92), não se aplica os efeitos da revelia, necessitando da verdade real para sua imposição, enquanto que o pedido de ressarcimento ao erário, não havendo contestação, aplica-se ao caso os efeitos da revelia.

7. Referências Bibliográficas

ALVIM, Arruda. *Ação civil pública – sua evolução normativa significou crescimento em prol da proteção às situações coletivas*, in ASSIS, Araken de, MOLINARO, Carlos Alberto, GOMES JUNIOR, Luiz Manoel, MILHORANZA, Mariângela Guerreiro (Org.), *Processo coletivo e outros temas de direito processual*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos*. In: *Temas de direito processual; terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984.

BELLINETTI, Luiz Fernando. *Definição de interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos*. in *Estudos de direito processual civil*, Ed. RT, 2005, págs.666/671.

DIDIER JR, Fredie, ZANETI JR, Hermes. *Curso de processo civil – processo coletivo*. 6º Edição, Salvador: Editora Juspodivm, 2011.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.

FERRARESI, Eurico. *Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo – instrumentos processuais coletivos*. 1º Edição – Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FERRAZ, Sérgio. *Aspectos processuais na lei de improbidade administrativa*. In BUENO, Cássio Scarpinella, PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coor.), *Improbidade administrativa – questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Editora Malheiros, 2001.

GARCIA, Emerson, ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 5º Edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto* (arts. 91 a 100). 9ª Edição. Rio de Janeiro. Forense Universitária, 2007.

LEONEL, Ricardo Barros. *Manual do processo coletivo*. 2ª Edição. São Paulo: Editora RT, 2011.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada – teoria geral das ações coletivas*. 2ª Edição. São Paulo: Editora RT, 2007.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 21ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Proibição administrativa*. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na constituição federal – processo civil, penal e administrativo*. 11ª Edição. São Paulo: Editora RT, 2013.

WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto* (arts. 81 a 90 e 101 – 102). 9ª Edição. Rio de Janeiro. Forense Universitária, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo – tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 6ª Edição. São Paulo: Editora RT, 2014.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm. Acesso em 17 de fevereiro de 2014.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 17 de fevereiro de 2014.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm. Acesso em 21 de fevereiro de 2014.