
TÉCNICA PROCESSUAL ADEQUADA NO NOVO CPC E A COERÊNCIA DO SISTEMA NACIONAL ANTICORRUPÇÃO

APPROPRIATE PROCEDURE IN NEW CPC AND THE NATIONAL ANTI-CORRUPTION SYSTEM COHERENCE

Marcelo Eugênio Feitosa Almeida

Mestre em Direito Processual pela Universidade Católica de Pernambuco. Advogado da União. Procurador-chefe da Procuradoria da União no Estado do Ceará

SUMÁRIO: Introdução; 1 Técnica processual adequada, princípio da efetividade e tutela jurisdicional da probidade administrativa; 2 Novo cpc e a realização dos elementos teleológicos da tutela judicial da probidade; 2.1 Restabelecimento do status *quo ante*; 2.2 Multa; 2.3 Segregação da coisa pública; 3 Provimentos de urgência no novo CPC para tutela da probidade; 4 Efeitos da consensualidade do novo CPC na tutela da probidade; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo pretende conciliar a nova mentalidade pragmática e comprometida com resultados e realização de Direitos do novo Código de Processo Civil com as demais normas constantes do Sistema Nacional Anticorrupção. Veremos como alcançar, a partir das técnicas processuais do novo CPC, os elementos teleológicos desejados pelo Constituinte na tutela da probidade administrativa: restabelecimento do *status quo ante*, punição em sentido estrito e segregação do ímprobo da coisa pública.

PALAVRAS-CHAVE: Improbidade Administrativa. Novo CPC. Princípio da Efetividade. Sistema Nacional Anticorrupção. Técnica Processual Adequada.

ABSTRACT: This article aims to conciliate the new pragmatic mentality and committed to results and fulfillment of Rights of the new Code of Civil Procedure with the other rules of the National Anti-corruption System. We will see how to achieve, from the procedural techniques of the new CPC, the teleological elements desired by Constituent in protection of administrative probity: restoring the *status quo ante*, *punitive damages* and segregation of public matters.

KEYWORDS: Administrative Improbability. New CPC. Principle of Effectiveness. National Anti-corruption System. Proper Procedural Technique.

INTRODUÇÃO

O ordenamento pátrio prevê um cipoal de normas direcionadas à prevenção e sancionamento, mormente pela via judicial, de atos de improbidade administrativa e corrupção. Contudo, dada a positivação assistemática dessas normas, exige-se de seu aplicador um grande esforço hermenêutico para compreendê-las como um sistema e aplicá-las de modo a garantir coerência e efetividade à tutela da probidade.

O advento do novo CPC, com suas promessas de economia, celeridade e efetividade da prestação jurisdicional, deve impactar positivamente o combate à corrupção, a depender do papel decisivo do seu aplicador.

É o que aqui pretendemos, ou seja, propor uma interpretação harmoniosa entre as normas centrais do Sistema de Integridade Brasileiro¹ e o novo Código de Processo Civil, de modo a proporcionar uma persecução judiciária garantidora de resultados práticos.

Portanto, nossa análise cinge-se às pretensões fundadas nas Leis nº 8.429/92 (Lei de Improbidade – LIA²) e Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção - LAC), cujas consequências, quando necessária a judicialização, serão perseguidas sob regência do novo Código de Processo Civil.

Faz-se necessário, aqui, estabelecer uma premissa para este estudo. Somos do entendimento que é possível cumular demandas em face de pessoas físicas e jurídicas, numa mesma Ação Civil Pública, com base em causas de pedir fundadas na LIA (para as pessoas físicas) e LAC (para as pessoas jurídicas), desde que desejável e útil em termos de efetividade do processo. A escolha será do *dominis litis*, seja a Advocacia pública, seja o Ministério público, de acordo com melhor estratégia processual, dentro dos requisitos legais para cumulação de demandas.

Inicialmente faremos uma breve, mas necessária, análise sobre a essencial conexão entre técnica processual e as necessidades do direito a material a serem alcançadas. Essa conexão é fundamental para o desenvolvimento de um processo comprometido com os objetivos a que serve, no caso, a tutela da probidade.

Em seguida, sistematizaremos as pretensões fundadas na LIA e LAC que serão perseguidas em juízo, divididas em três grandes grupos: restabelecimento do *status quo ante*, punição em sentido estrito e segregação do ímprobo da coisa pública; e analisaremos as técnicas processuais adequadas ao alcance das referidas pretensões.

1 Feliz expressão do Ministro Jorge Hage Sobrinho em SOBRINHO, Jorge Hage. Lei 12.846/2013: Lei da Empresa Limpa. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 947/2014, p. 37– 5, set. 2014.

2 Doravante nos referiremos às Leis nº 8.429/92 e 12.846/2013, respectivamente, como LIA e LAC.

Por fim, investigaremos como as inovações do novo CPC acerca das tutelas de urgência e das soluções consensuais de conflitos impactam as ações fundadas na LIA e LAC.

1 TÉCNICA PROCESSUAL ADEQUADA, PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE E TUTELA JURISDICIONAL DA PROBIDADE ADMINISTRATIVA

Como será aprofundado oportunamente, a reação desejada pelo constituinte diante de um ato de improbidade, *ex vi* art. 37, §4º, da Constituição, é restabelecer a situação fática corrompida, afastar o ímprobo da coisa pública e puni-lo.

Se ressarcir, afastar o ímprobo da coisa pública e punir são necessidades de direito material diferentes, por óbvio, serão alcançadas por técnicas processuais distintas. Logo, as técnicas devem adequar-se às tutelas. O procedimento, as tutelas de urgência, a sentença e os meios executivos não podem ser neutros às necessidades do direito material, nem podem ser pensados a sua distância.³

O novo CPC adveio absolutamente conectado à contemporaneidade, ao espírito ligeiro de nossa época, e será incompleto se não servir como instrumento de combate à corrupção.

Para a correta compreensão das relações entre a técnica processual adequada, o Princípio da Efetividade e a tutela jurisdicional efetiva da probidade, vale a seguinte colação⁴:

Na realidade, a importância de estudar o processo à luz das tutelas é tão evidente quanto a de saber o fim de um instrumento. Nesse sentido, o fim do processo deve ser detectado nas necessidades do direito material. Ou melhor, nos resultados materiais que o processo deve gerar para atendê-las. Esses resultados são exatamente as tutelas que devem ser prestadas no processo. Resumindo: não há como deixar de pensar nas tutelas quando se deseja analisar se o processo, como técnica, está respondendo a sua missão constitucional de dar tutela aos direitos. E nada pode ser mais importante ao doutrinador do processo nos dias de hoje.

Portanto, a análise do rito e das técnicas cautelares e executivas, como técnicas processuais adequadas, é importante para alcance do Princípio da Efetividade, e, por conseguinte, promoção da tutela jurisdicional efetiva da probidade administrativa.

3 MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: RT, 2004. p. 147.

4 *Ibidem*, 148.

Nas linhas seguintes veremos como as inovações do novo CPC podem contribuir e servir à utilidade e eficácia das normas do Sistema Nacional Anticorrupção

2 NOVO CPC E A REALIZAÇÃO DOS ELEMENTOS TELEOLÓGICOS DA TUTELA JUDICIAL DE PROBIDADE

É fundamental para estabelecer um parâmetro minimamente objetivo do que seria a efetividade de uma tutela da probidade saber qual a finalidade a ser alcançada com o manejo da ação, seja com base na LIA ou LAC. Uma vez que se defina a finalidade, o fim, o ponto a que se quer chegar, será efetivo o processo na medida em que se alcancem os consequentes previstos na norma de direito material, no caso a LIA e a LAC.

Portanto, é preciso fixar, com clareza, quais as finalidades da tutela judicial da probidade, que servirão de parâmetros para se verificar a sua efetividade, na medida em que, na prática, alcance tais objetivos.

Do ponto de vista da relação de direito material entabulada entre o Estado e o praticante da improbidade, a prática do ato de improbidade administrativa é fonte geradora das obrigações de ressarcir danos, restituir valores obtidos ilicitamente, afastar-se da coisa pública e de se submeter às penas previamente tipificadas no sistema de tutela da probidade.

Compete ao Direito Administrativo, ao lado de outros ramos do direito, como o Direito Penal, estabelecer as condutas vedadas e sujeitas a consequentes específicos, que atentem contra os interesses, os princípios, o erário ou a imagem do Estado e da Administração.⁵

Do ponto de vista processual, que irá regular a relação jurídica (processual) a partir da relação jurídica de direito material nascida com a prática do ato de improbidade, as obrigações de ressarcir danos e devolver o acrescido ilicitamente ao patrimônio, afastar-se da coisa pública e de se submeter às penas previamente tipificadas no sistema de tutela da probidade corresponderão, genericamente, aos consequentes (ou penas em sentido amplo) previstos no art. 12 da LIA ou arts. 6º e 19 da LAC⁶, para ficar nas normais centrais do Sistema Nacional de Integridade, objeto de corte desta pesquisa.

Logo, os consequentes (ou penas em sentido amplo) previstos no art. 12 da LIA ou arts 6º e 19 da LAC podem ser divididos, de acordo com o critério teleológico ora posto, em três categorias:

- Finalidade de restabelecimento do *status quo ante*: “Ressarcimento integral do dano” e “Perda de bens ou valores acrescidos ao

5 MEDINA, Fábio Osório. *Improbidade Administrativa*. Porto Alegre: Síntese, 1998. p. 217.

6 Sem olvidar as consequências previstas na LAC imputáveis pela via administrativa.

patrimônio” da LIA; “perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração” da LAC.

- Pena propriamente dita: “Multa civil” prevista na LIA e LAC.
- Segregação do poder público: “perda da função pública”, “suspensão dos direitos políticos” e “proibição de contratar com o poder público” da LIA; “suspensão ou interdição parcial de suas atividades”, “dissolução compulsória da pessoa jurídica”, “proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público” da LAC.

Doravante partiremos para a análise da realização de cada consequente sob regência do novo CPC. Começamos com os consequentes cuja finalidade é o restabelecimento do *status quo ante*.

2.1 Finalidade de restabelecimento do *status quo ante*

Os consequentes de ressarcimento integral do dano e perda dos bens acrescidos ilicitamente ao patrimônio do causador do ato de improbidade estão previstos no art. 12, I e II da LIA, para as hipóteses em que haja enriquecimento ilícito e danos ao erário. Da mesma forma a LAC prevê em seu art. 19 o consequente de “perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé”, bem como de ressarcimento nos arts. 6º e 21.

A finalidade de tais consequentes, embora imponham um sentimento de aflição ao condenado, tem um caráter sancionatório tão somente secundário. Prefacialmente, o que se pretende é restabelecer o *status quo ante*, ou seja, restaurar a situação natural, antes de ter sido corrompida pelo ato de improbidade.

Fábio Osório Medina⁷ resume muito bem a natureza jurídica de tal condenação:

Em realidade, sequer se trata de sanções, pois tais consequências jurídicas do ato ímprobo apenas restabelecem o status anterior, restauram o patrimônio público lesado. O infrator devolve aos cofres públicos aquilo que foi indevidamente retirado. Repara o prejuízo. Não é sanção, é reparação.

⁷ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 97.

A pretensão restauradora, portanto, visa repercutir, de maneira mais específica, dada as peculiaridades da relação jurídica de direito material que nasce a partir do ato de improbidade, entre o Estado e o agente ímprobo, o princípio constante do art. 942 do Código Civil, que determina que aquele que seja responsável pela ofensa ou violação do direito a outrem ficará sujeito à reparação do ano causado.⁸

A finalidade restauradora, mormente o ressarcimento ao erário, atende aos interesses do Estado, mais precisamente do órgão lesado patrimonialmente pelo ato de improbidade. Tal afirmativa tem interessantes repercussões na seara processual.

É preciso ainda realçar que a recomposição do dano causado pela ré aos cofres do ente deverá, sempre, reverter para o mesmo, por força do art. 18 da LIA.

Quanto ao sucessor daquele condenado à pena de ressarcimento, responderá até o limite da herança, por expressa (e desnecessária) disposição do art. 8º da LIA. Todavia, se o sucessor tiver concorrido de algum modo para a improbidade (*v.g.* servindo de “laranja”, ou seja, titularizando fictamente a propriedade de bens fruto da improbidade em benefício do ímprobo), estará integralmente sujeito ao ressarcimento.⁹ No caso de empresas, nas fusões e incorporações, a obrigação de reparar permanece, até o limite do patrimônio transferido, exceto no caso de simulação ou fraude. No caso das sociedades controladoras, controladas, coligadas e consorciadas (estas, no âmbito do contrato respectivo) a responsabilidade é solidária.¹⁰

O ressarcimento ao erário traduz-se, no quadro clássico das obrigações, como obrigação de pagar quantia certa, a ser executada na forma do art. 523 do CPC, ou seja, pela chamada execução forçada, pela qual o Estado intervém no patrimônio do devedor para tornar efetiva a vontade sancionatória, realizando, à custa do devedor, sem ou até contra a vontade deste, o direito do credor.

Todavia, para a realização material do consequente, é preciso que tais valores estejam liquidados.

Caso o autor da Ação Civil Pública fundada na LIA ou LAC faça pedido líquido, ou seja, em virtude dos seus esforços pré-processuais (inquérito civil, procedimento administrativo prévio, tomada de contas especial, procedimento prévio de coleta de informações...) possa deduzir pedido com valor exato da extensão do dano, a sentença deve ser líquida.

8 TOURINHO, Rita. *Discricionariedade Administrativa: Ação de Improbidade & controle principiológico*. Curitiba: Juruá, 2004. p. 210.

9 OSÓRIO, op. cit., p. 257.

10 SOBRINHO, op cit., p. 42.

No caso do ressarcimento, é preciso ressaltar que o resultado prático esperado exige que todos os danos sejam pormenorizadamente dimensionados, inclusive o dano moral.

Muitas vezes, esse primeiro passo, ou seja, o dimensionamento do dano, denota grande dificuldade. Nesses casos recomendando-se que a liquidação se faça pela técnica adequada, ou seja, que se permita um exame minucioso do dimensionamento do dano, fora da cognição, que já assentara, após e por força da instrução, indiscutivelmente, em virtude da coisa julgada material, a existência do dano.

Assim, recomenda-se a liquidação por artigos ou arbitramento, caso, respectivamente, seja necessário alegar e provar fato novo (art. 509, II, do CPC) ou exigir a natureza do objeto da liquidação (art. 509, I, do CPC).

Diante de sentença líquida ou liquidada, a fazenda pública legitimada para a execução deste já impulsiona a fase executiva, ou melhor dizendo, o cumprimento da sentença na forma referida.

A fase executiva, preferencialmente a ser guiada pelo ente desfalcado, como dito, seguirá o regime do cumprimento de sentença, aplicando-se a regra do art. 789 do CPC, pelo qual o devedor, condenado em Ação Civil Pública com base na LIA ou LAC à pena de ressarcimento, responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei.

Para o ressarcimento ao erário, devem ser alcançados bens adquiridos inclusive anteriormente à prática do ato de improbidade, ou até mesmo anteriormente à vigência da LIA ou LAC, visto que a vontade constitucional deseja o efetivo ressarcimento ao erário, descabendo interpretação contrária¹¹.

Em caso de multiplicidade de condenados no consequente de ressarcir o erário, uma vez que concorreram voluntariamente para o resultado ímprobo, ter-se-á obrigação solidária de pagar, nos termos do art. 942 do Código Civil.¹²

Uma última observação sobre a execução da obrigação de ressarcir é necessária à luz do novo CPC. É que o novo diploma processual traz uma mudança de paradigma no que tange à clássica distinção entre execução direta e indireta e seu cabimento nos casos de obrigação de pagar quantia certa.

O regime processual anterior exigia a adoção da execução direta, ou por sub-rogação, para os casos de obrigação de pagar quantia certa.

O novo CPC, contudo, ampliando os deveres do juiz, permite, em seu art. 139, IV, determinar “todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento

11 OSÓRIO, op. cit., p.255.

12 GARCIA, op. cit., p. 430.

de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”.

Os intérpretes do novo código¹³ têm defendido que a passagem supra permitiria ao juiz a aplicação de técnicas de execução indireta mesmo para os casos de execução de obrigação de pagar quantia certa.

E já é possível vislumbrar aplicação prática desse entendimento, como no caso de decisão judicial no bojo de execução que apreendeu passaporte e carteira de motorista para estimular o executado ao adimplemento da obrigação de pagar¹⁴.

No que tange ao conseqüente de perda de bens e valores, igualmente, a natureza sancionatória é mediata. O que se pretende, em primeiro plano, é reconduzir o agente à situação anterior à prática do ilícito, mantendo seu patrimônio lícito no patamar anterior ao ato de improbidade.

Não se deve confundir o conseqüente do ressarcimento com o perdimento de bens e valores, sob pena de afligir o condenado duplamente pelo mesmo fato.

Ambos os conseqüentes visam a vontade constitucional maior de ressarcimento ao erário no sentido de restabelecer, amplamente, o *status quo ante*. O perdimento de bens visa restaurar a situação anterior, de forma que o agente devolva aquilo que acrescentara ilicitamente ao seu patrimônio, em detrimento da finalidade pública; ao passo que o ressarcimento propriamente dito visa que o agente repare o dano ao erário a que dera causa. As situações, a depender do circunlóquio fático, podem ocorrer isolada ou cumulativamente.

Outra distinção, com importância na perspectiva processual, é que a condenação em ressarcimento é uma obrigação de pagar, exigindo o regime executivo do art. 523 do CPC, ao passo que a condenação de perda de bens e valores é uma tutela desconstitutiva, combinada com executiva *latu sensu*, exigindo o regime executivo do art. 497 e seguintes do CPC vigente.

Assim, individuado o bem acrescido ilicitamente ao patrimônio do condenado, que será objeto do perdimento, o juiz desconstitui a propriedade em favor do ente lesado e, ato contínuo, concede a tutela específica.

A tutela específica dependerá da natureza do bem. Caso se trate de bem móvel, determinado pelo gênero e quantidade, o ente lesado o individualizará e, não sendo entregue pelo ímprobo condenado no prazo fixado, expedir-se-á em favor do ente mandado de busca e apreensão.

13 Por todos, NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. Salvador: Jus Podvim, 2016. p. 456.

14 Disponível em: <<http://www.jornalcontabil.com.br/fique-atento-devedores-podem-ter-ate-carteira-de-habilitacao-apreendidos/>>.

Caso se trate de bem imóvel, não sendo entregue no prazo, o juiz expedirá mandado de imissão na posse, tudo conforme art. 497 e seguintes do CPC.

Ressalte-se que, se tratando de perdimento de dinheiro, há dois caminhos a seguir, com fito de alcançar a tutela adequada.

Caso se trate de uma quantia precisa, perfeitamente individualizada, num depósito determinado (em instituição financeira ou de custódia no Brasil ou no exterior, *v.g.*), é possível fazer uso da técnica do art. 498 do CPC, de forma que o próprio juiz determine a busca e apreensão do montante.

Por mais que o perdimento de dinheiro seja, a rigor, uma obrigação de pagar, o que exigiria o rito do art. 523 do CPC, é preciso, na hipótese ventilada, de clara individuação do montante, enfrentar e superar as dificuldades impostas pela técnica processual formalmente posta, que, muitas vezes, dão mais importância ao método de solução do conflito do que à própria solução do conflito.¹⁵

Portanto, é preciso, como defendido anteriormente, redimensionar a importância da técnica, considerando sua natureza instrumental, para procurar o mecanismo apto a tornar efetiva a tutela jurisdicional, visando solucionar a questão da forma mais rápida, eficiente e econômica, sobretudo no caso de tutela da probidade, onde se busca a satisfação de uma vontade constitucional.¹⁶

Todavia, vale asseverar, a despeito da liquidação do montante a ser perdido, se este não puder ser localizado num depósito determinado, realizado para fins do enriquecimento ilícito, então será necessária a execução na forma do art. 523 do CPC.

Discute-se na doutrina¹⁷ efeitos condenatórios, por decorrência lógica, de sentenças de natureza de constitutivas negativas (desconstitutivas). A questão é saber se onde há pedido de tutela desconstitutiva haveria, implicitamente, por construção lógica, título executivo para restauração do *status quo ante*. Como dito, é *sine qua non* haver pedido expresso para pretensões condenatórias, não as considerando como meros e necessários corolários lógicos da tutela desconstitutiva¹⁸, preocupação menor em termos de ação de improbidade, dada a técnica do art. 12 da LIA.

No caso do conseqüente do perdimento de bens e valores, por ser fundado no enriquecimento ilícito ou por prejuízo ao erário, o pedido é

15 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 87.

16 *Ibidem*, p. 87.

17 A discussão, com apresentação sucinta das posições, é apontada por José Roberto dos Santos Bedaque (In: *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 552), que, ao final, defende, grosso modo, que a existência de autêntica tutela constitutiva com efeito condenatórios feriria o princípio da congruência e da inércia.

18 BEDAQUE, *op. cit.*, p. 554.

feito com base no art. 12, I ou II, da LIA ou art 19 da LAC, portanto sempre haverá pedido expresso de perdimento, o qual é precedido pela desconstituição da propriedade, em favor do ente lesado.

Assim, numa *actio* que pretende também tutela desconstitutiva, como os pedidos estão balizados (não limitados) nas formas do art. 12 da LIA e art. 19 da LAC, sempre haverá pedido expresso de condenação, com o consequente contraditório.

Ter-se-á, portanto, tutelas desconstitutivas e condenatórias (executiva *latu sensu*) combinadas.

O perdimento alcança os bens ou valores, bem como frutos e produtos. A LAC, ainda que desnecessariamente, expressamente ressalva o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé.

Tratando-se de bens fungíveis, não sendo possível a tutela específica da obrigação, o perdimento haverá de incidir sobre o valor equivalente ao patrimônio do ímprobo, sempre que tiverem sido consumidos ou deteriorados. No caso de bens infungíveis, a tutela, outrossim, sempre será a específica, mas não sendo possível, seguindo a sistemática do 499 do CPC, resolver-se-á, em última análise, pelo equivalente pecuniário.

Portanto, nos casos de consumo ou deterioração dos bens objeto do perdimento, a execução frustrada dará lugar a uma execução por quantia certa, pelo equivalente pecuniário por sub-rogação, devidamente atualizado.

O perdimento, diferentemente do ressarcimento, recairá sobre os bens acrescidos após a prática do ato de improbidade, ou por eles sub-rogados, sob pena de confisco, o que ofenderia o texto constitucional, nos termos do art. 5º, XLVII, da Constituição.¹⁹

Para concluir, é preciso destacar que a vontade constitucional de reparação ao erário por atos de improbidade não é realizada, exclusivamente, pelas ações da LIA ou LAC. Há, no sistema, outras opções para a persecução jurisdicional desses valores.

Uma das técnicas disponíveis, ideal quando as demais pretensões do art. 12 da LIA ou art. 19 e 21 da LAC forem exauridas pela prescrição ou decadência, é o manejo de ação, também pelo rito da Lei nº 7.347/85, pelo qual buscará, tão somente, o ressarcimento dos danos causados a partir de ato de improbidade, por força do art. 37, §5º, da Constituição.

Vale registrar que, por economia processual, caso verifique-se no curso do processo com base na LIA ou LAC a ocorrência de prescrição ou decadência em relação aos demais consequentes cumulados na ação, deve o processo seguir, contudo, exclusivamente em relação ao objeto imprescritível, qual seja, a reparação do dano.

19 REsp 196932/SP, Rel. Ministro GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/03/1999, DJ 10/05/1999 p. 119.

Outra opção do sistema decorre das atribuições de Tribunais de Contas, órgão auxiliar do Legislativo no exercício do controle externo, com competências constitucionais privativas constantes dos arts. 71 a 74 e 161, da CF.

A decisão do Tribunal de Contas da qual resulte imputação de débito ou cominação de multa torna a dívida líquida e certa, e tem eficácia de título executivo. Nesse caso, o responsável é notificado para, no prazo de quinze dias, recolher o valor devido. Se o responsável, após ter sido notificado, não recolher tempestivamente a importância devida, é formalizado processo de cobrança executiva na forma do art. 784 e 824 do CPC vigente²⁰.

É possível que ocorra a concomitância de ações fundadas na LIA e LAC, com pedido de ressarcimento, e execução de acórdão do TCU, pelo mesmo valor, em face do mesmo agente. Ou mesmo acordo de leniência versando sobre ressarcimento do dano concomitante com ação fundada na LIA ou LAC com mesmo objeto, ou, ainda, atuação do TCU.

Por óbvio, quanto à pretensão ressarcitória, não haverá litispendência, pois os elementos das ações não são os mesmos, nem coisa julgada, visto que o TCU não exerce jurisdição.

Na primeira hipótese, temos que o pedido de ressarcimento, objeto de ação fundada na LIA ou LAC, restará esvaído de interesse processual, visto que a execução é meio mais hábil e adequado para a percepção dos valores. Logo, a ação de improbidade seguirá, mas para persecução dos demais consequentes, ao passo que a execução do título extrajudicial continua, mas tão somente para a realização do ressarcimento.

Em caso de acordo de leniência versando sobre ressarcimento do dano concomitante com ação fundada na LIA ou LAC com mesmo objeto, é preciso ter em mente, em primeiro lugar, que o valor encontrado será o mesmo.

É imperativo do *non bis in idem* que o obrigado a reparar o dano só o fará uma única vez, seja por força do acordo de leniência, seja por força da formação de título judicial ou extrajudicial. Contudo, o Princípio do *non bis in idem* e o Princípio da Independência das Instâncias precisam ser conciliados.

Caso haja disparidade entre o *quantum* da obrigação de reparar firmado em acordo de leniência e em título (judicial ou extrajudicial), fica o obrigado sujeito, por força Princípio da Independência das Instâncias e da indisponibilidade do direito em tela, a pagar o restante objeto da disparidade.

²⁰ Registre-se que se trata de execução por título extrajudicial, com esteio no próprio CPC, que tornou o procedimento mais célere e garantidor de resultados, e não execução fiscal, com esteio na Lei nº 6.830/80.

Eis, portanto, as considerações mais relevantes dos consequentes mencionados, que devem ser reunidos e considerados sob o ponto de vista teleológico comum, qual seja, o restabelecimento do *status quo ante*.

Doravante, parte-se para a análise de consequente da aplicação de multa civil, cuja finalidade distingue-se das abordadas anteriormente.

2.2 Pena propriamente dita

Temos que, dentre os consequentes do ato de improbidade administrativa, aquela que mais se aproxima de uma penalidade propriamente dita, é a multa, prevista nos três incisos do art. 12 da LIA e no art. 6º da LAC.

A multa, de maneira geral, busca uma punição ou reparação, caracterizando-se por prestação pecuniária compulsória, tendo por causa uma prática ilícita, em desfavor do seu autor.

No sistema de tutela da probidade, a finalidade ressarcitória é alcançada por outros dois consequentes, perdimento de bens e ressarcimento integral do dano, logo, à multa prevista no art. 12 da LIA e art. 6º da LAC, só resta o condão de, puramente, punir.

A finalidade a ser alcançada com a multa é punir, aflitar, forçar, ante a intimidação de sua aplicação, que o agente ímprobo não torne a desobedecer, a corromper, a conduta natural exigível da administração, a partir das regras e princípios administrativos.

A LIA e LAC, esta mais atualizada com a contemporaneidade, optaram por caminhos diferentes diante do objetivo de dissuadir o ímprobo a repetir-se.

Nos casos dos particulares e agentes públicos, a LIA ainda exige o acerto em juízo para formação de título judicial para cobrança da multa.

No caso das empresas corruptoras, a LAC permite a cobrança da multa a partir de um processo administrativo de responsabilização (PAR), evidentemente mediante ampla defesa e contraditório. Após, a multa não paga é inscrita em dívida ativa, tornando-se título executivo extrajudicial (art. 25, § 2º, do Decreto nº 8.420/2015).

Voltando à multa da LIA, a condenação ensejará uma obrigação de pagar, a ser perseguida, na fase executiva, na forma do art. 523 do CPC, pelo ente desfalcado. Considerando que se trata de uma autêntica obrigação de pagar quantia certa, tal como o consequente de ressarcimento ao erário, todas as considerações anteriormente feitas sobre o novo CPC são aqui válidas.

Ainda que o autor seja o Ministério público, que o ente não tenha participado do feito, e que o art. 18 da LIA não mencione os valores relativos à multa, o montante há de ser revertido em favor do ente desfalcado, por derivação direta do vínculo mantido entre o Estado e o ímprobo.²¹

Tendo em vista a finalidade da multa de punir, aflitar, forçar, ante a intimidação de sua aplicação, que o agente ímprobo não torne a desobedecer a corromper a conduta natural exigível da administração, como dito anteriormente, é de extrema importância a correta fixação do montante, para que tal finalidade seja atingida, sem ofender o princípio da proporcionalidade. Aqui, mais uma vez, LIA e LAC seguem caminhos distintos.

Na LIA, o critério utilizado é de que a multa deve, num primeiro plano, ter correlação com o ato de improbidade praticado, e, no segundo momento, a extensão do ato.

Assim, a base de cálculo da multa observará, distintamente, cada tipo de ato, segundo os critérios da LIA, da seguinte forma:

- Dentre aqueles que enriquecem ilicitamente: a base de cálculo será o acréscimo patrimonial.
- Dentre aqueles que causam prejuízos ao erário: a base de cálculo será o dano.
- Dentre aqueles que ofendem a Princípios da Administração: a base de cálculo será a remuneração do agente²²

Fixada a base de cálculo, o art. 12 da LIA ainda estabelece uma alíquota a ser aplicada, de acordo com a extensão do enriquecimento ilícito (até três vezes) ou do dano (até duas vezes); silenciado acerca da multa nas hipóteses de ofensa a Princípios da Administração.

A lei disse menos do que queria, devendo alcançar também a hipótese do art. 11. Ademais, não só a extensão deve ser analisada, mas também outros elementos como intensidade do dolo, reincidência, natureza da participação dos agentes, circunstâncias do fato, entre outras, podendo fazer uso do art. 59 do Código Penal, de acordo com a unidade do sistema de tutela da probidade.

Na LAC, o critério adotado, nunca inferior ao dano, é o faturamento bruto da empresa do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo de responsabilização. O Decreto nº 8.420/2015 regulamenta

²¹ GARCIA; ALVES, op. cit., p. 471.

²² No caso de terceiro que se beneficie com o ato, a base de cálculo será a remuneração do agente público envolvido no mesmo ato de improbidade.

o cálculo da multa estabelecendo os critérios para aplicação da alíquota sobre o faturamento da empresa.

A alíquota, tanto na LIA como na LAC, precisa ser objeto da análise ponderada, à luz do princípio da proporcionalidade pelo aplicador da pena, mas sempre com os cuidados necessários para não esvaziar o caráter aflitivo e pedagógico do consequente.

Para tanto, na dosimetria correta da alíquota da multa, o aplicador deve observar os elementos estruturais do princípio da proporcionalidade: princípio da adequação, princípio da necessidade e princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

A atividade do aplicador, com efeito, consistirá em estruturar uma relação meio-fim, na qual a multa é o meio, ou seja, a limitação que pretende tornar possível o alcance do fim almejado, ou seja, o caráter aflitivo-pedagógico, de modo ao ímprobo não mais atuar contra as normas do sistema de tutela da probidade.²³

O princípio da proporcionalidade ordenará a relação entre o fim que se pretende alcançar (caráter aflitivo-pedagógico da multa, para que o ímprobo não reincida) e o meio utilizado (multa), de modo que seja proporcional, racional, não excessiva, não arbitrária.²⁴

Assim, para a correta aplicação da multa, uma vez estabelecida a base de cálculo, segundo as rígidas regras da LIA e LAC, passa o aplicador ao exame seguinte, da quantificação da alíquota a partir da observância dos subprincípios do Princípio da Proporcionalidade.

O Princípio da Adequação exige a observância, no momento de aplicação da pena, se as normas restritivas do direito fundamental à propriedade, insertas na LIA e LAC, viabilizam o alcance da finalidade almejada, ou seja, o caráter aflitivo-pedagógico em face do réu.²⁵

Trata-se de inquirir se a medida, no caso concreto, é apta, útil e apropriada, para que o ímprobo sinta o efeito aflitivo e não mais cometa tal ato. Portanto, o elemento estruturador da adequação ordena que a medida adotada para a realização do caso concreto seja apropriada aos objetivos almejados, perfazendo, portanto, o controle da relação e adequação entre o meio e o fim.

Como os outros consequentes também têm efeitos aflitivos-pedagógicos (ainda que mediatos), tal finalidade pode ser alcançada sem necessidade de aplicação da pena de multa, mas só com base no

23 STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 79.

24 *Ibidem*, p. 79.

25 *Ibidem*, p. 81.

ressarcimento, no perdimento de bens ou no afastamento do cargo, nunca mais voltando a cometer um ato de improbidade.

Ato contínuo, passa-se ao exame sobre em que medida a punição atingiria a finalidade pretendida, a partir do Princípio da Necessidade, pelo qual, será necessária à medida que causar o menor prejuízo possível.²⁶ Aqui, o aplicador deve verificar se, dentro da norma que permite, sobre a base de cálculo, a aplicação de uma alíquota, qual alíquota alcança o objetivo. Passando de tal montante, ofende-se o subprincípio em tela.

Se a norma fala em “multa civil de até cem vezes o valor da remuneração”, e o aplicador, no caso concreto, verifica que a aplicação de multa no montante de 20 vezes a base de cálculo fará com que o ímprobo não reincida, eis a medida proporcional, racional, não excessiva, não arbitrária, da multa.

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito, por fim, exige que meios e fins sejam colocados em equação mediante um juízo de ponderação, como objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcional em relação ao fim. O subprincípio em tela remete à ideia de justa medida, ou seja, para se alcançar o fim perquirido, deve-se sopesar as desvantagens dos meios em relação as vantagens dos fins.

Finalmente, é preciso apontar uma incoerência do sistema, que o aplicador da pena de multa não pode desconsiderar.

De acordo com o critério da LIA, a conduta inserta no art. 11 é a menos grave. Todavia, a depender da remuneração do agente, que é a base de cálculo para aplicação da multa, o resultado pode soar muito mais grave do que se tivesse incorrido nas hipóteses dos arts. 9º e 10º.

Logo, deve o aplicador ter sempre em mente tal vicissitude da LIA, sob pena de olvidar do postulado da proporcionalidade, tendo como opção, no caso de remuneração alta, determinar um valor fixo que atinja a finalidade da pena.

2.3 Segregação da coisa pública

Os consequentes previstos na LIA de “perda da função pública”, “suspensão dos direitos políticos” e “proibição de contratar com o poder público” têm, como efeito e finalidade, afastar, ainda que temporariamente, aqueles que cometeram atos de improbidade.

A LAC trouxe ainda outras formas, bastante gravosas, de afastar as empresas corruptoras da coisa pública: suspensão ou interdição parcial de suas atividades; dissolução compulsória da pessoa jurídica e proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos

²⁶ STEINMETZ, op. cit., p. 79.

de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público.

A expressão “perda da função” significa a extinção de qualquer vínculo de agente público com as entidades mencionadas no art. 1º da LIA, ou seja, alcança todos aqueles que exerçam atividade pública, ainda que transitoriamente, ainda que sem remuneração, por qualquer forma de investidura (eleição, nomeação, designação, contratação), por qualquer vínculo (mandato, cargo, emprego ou função). Alcança, ainda, qualquer um que desenvolva atividade pública por força de concessão, permissão ou autorização.²⁷

Caso o agente esteja na inatividade, como dito anteriormente, também o vínculo, de ordem previdenciária, será desfeito, com a cassação da aposentadoria.^{28e29}

O resultado prático esperado deste conseqüente, naturalmente, é a extinção do vínculo, na forma descrita anteriormente, todavia tão somente a partir do trânsito em julgado da ação de improbidade, por força do art. 20 da LIA, que assim determina expressamente.

Tratando-se de agente titular de mandato, tal circunstância remete ao tema da duração razoável da ação de improbidade que, para ser efetiva, deverá chegar ao seu trânsito em julgado a tempo da condenação em tela ter alguma utilidade.

Por óbvio, sobretudo se o ato de improbidade se der no final do mandato, não se defende um procedimento atropelado, à revelia das garantias processuais constitucionais de defesa.

Trata-se, na hipótese, de um parâmetro a ser considerado quando da fixação do que seria, no caso concreto, a duração razoável da ação de improbidade, sobretudo, quando o ato se der no início do mandato, ou no caso de reeleição.

No caso de dirigente de empresa pública ou sociedade de economia mista, a situação não é diferente. O dirigente de empresa estatal está submetido, no que tange às suas responsabilidades, a dois sistemas cumulativos: o decorrente do Direito Societário, conforme art. 158 da Lei das S/A, e o decorrente do Direito Administrativo Sancionador, em que tudo se aplica ao dirigente da estatal.³⁰

No plano processual, a condenação em tela configura-se numa tutela desconstitutiva, de, relativamente, fácil cumprimento, realizável pelo simples

27 GARCIA;ALVES, op. cit., p. 446.

28 TOURINHO, op. cit., p. 217.

29 MS 22728, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 22/01/1998, DJ 13-11-1998 PP-00005 EMENT VOL-01931-01 PP-00150.

30 SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arrruda. Improbidade Administrativa de dirigente de empresa estatal. Belo Horizonte: Fórum, *Revista Brasileira de Direito Público*, ano I n.1, p. 11, abr./jun. 2003.

comando judicial ao órgão ao qual o ímprobo está vinculado. Quando do trânsito em julgado, os órgãos que mantêm vínculo com o condenado ímprobo serão informados para providenciarem a extinção do vínculo.

Passemos ao exame do conseqüente da perda dos direitos políticos.

A Constituição trouxe em seu Título II os Direitos e Garantias fundamentais, dividindo-os em cinco capítulos: direitos individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos.

Assim, por força da condenação em tela, a ser aplicada tão somente a partir do trânsito em julgado da ação de improbidade³¹, todas as prerrogativas, atributos, faculdades decorrentes dos direitos políticos ficam afastadas de três a dez anos, a depender do ato de improbidade praticado.

Coerentemente, a Constituição prevê no seu art. 15 que é vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de, entre outros, conforme o inciso V, de improbidade administrativa, consoante seu art. 37, §4º, que, como sabido, preconiza que os atos de improbidade administrativa importarão, entre outros conseqüentes, a própria suspensão dos direitos políticos.

A suspensão dos direitos políticos é a mais drástica das sanções estipuladas pela LIA, pois implica, ainda que temporariamente, na sustação do exercício de um dos direitos fundamentais de maior amplitude da ordem constitucional.³² O conseqüente em tela, vale ressaltar, tem uma amplitude maior que as inelegibilidades decorrentes do art. 15 da Constituição e as decorrentes da Lei Complementar 64/1990.³³

O conseqüente de perda da função pública segrega pontualmente o ímprobo da função que desempenhava, que, no entanto, poderá voltar ao serviço público por outras formas de investiduras.

A suspensão dos direitos políticos, todavia, cumulada ou não com o conseqüente da perda da função pública, além de segregar pontualmente o ímprobo da função que desempenhava, também o impede de assumir uma nova posição pública pelo prazo estipulado na condenação.

Tal ocorre em virtude de, tratando-se de cargos (efetivos ou comissionados) ou função, ser requisito básico para assunção ao posto o gozo dos direitos políticos, na forma do Art. 5º, II, da Lei n. 8.112/93. Tratando-se de cargo eletivo, ou seja, mandato, é necessário ser elegível, e, para tanto, é necessário, também, estar no gozo dos direitos políticos, na forma do art. 14, § 3º, II, da Constituição.

31 Art. 20 da Lei de Improbidade.

32 REsp 1097757/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/09/2009, DJe 18/09/2009

33 GARCIA; ALVES, op. cit., p. 446.

A suspensão dos direitos políticos trata-se, no plano processual, também, de tutela desconstitutiva, que, para realização prática, deve o aplicador oficiar ao órgão da justiça eleitoral do domicílio eleitoral do condenado, para que se dê concretude à medida.

Todavia, a realização prática da medida é bastante intrincada. Não poderia ser diferente, considerando a magnitude do consequente.

Para a realização prática o aplicador da suspensão, ou seja, o juiz, de direito ou federal, prolator da sentença que determinar a medida em tela, como dito, oficiará ao juiz eleitoral da circunscrição eleitoral do condenado para início do procedimento de “cancelamento”, *rectius*, suspensão dos direitos políticos, na forma do Código Eleitoral.

Nos termos do art. 71, §2º, do Código Eleitoral, “a autoridade que impuser essa pena providenciará para que o fato seja comunicado ao juiz eleitoral ou ao Tribunal Regional da circunscrição em que residir o réu”. Ressalte-se que, na forma do art. 72, durante o procedimento e até a suspensão efetiva, pode o condenado votar validamente.

O procedimento em tela permite um contraditório, que pode ser feito pelo interessado, por outro eleitor ou por delegado de partido. Todavia, a cognição a ser desempenhada pelo juízo eleitoral não pode discutir a aplicação do consequente, sob pena de ofensa à coisa julgada da ação de improbidade.

Em suma, o procedimento para realização prática do consequente em tela, na forma do art.77 do Código Eleitoral, que se reveste de atuação administrativa, não jurisdicional, consiste na autuação do ofício com os documentos que o instruíram. Em seguida, fará publicar edital com prazo de 10 (dez) dias para ciência dos interessados, que poderão contestar dentro de 5 (cinco) dias, com dilação probatória de 5 (cinco) a 10 (dez) dias, se requerida.

Da decisão do juiz eleitoral caberá recurso no prazo de 3 (três) dias, para o Tribunal Regional, interposto pelo excluendo ou por delegado de partido.

Passado o período da condenação, deverá o condenado requerer novamente a sua qualificação e inscrição.

O tempo de suspensão está descrito na lei, de forma variável, em intervalos, também de acordo com o ato de improbidade cometido, segundo o critério recorrentemente utilizado, ou seja, caso tenha cometido ato que enriqueça ilicitamente, cause prejuízo ou, tão só, fira princípios da administração, nesta ordem, maiores serão os intervalos.

De acordo com a conduta, poderá ter a suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, no caso de enriquecimento; de cinco a oito anos, no caso de danos ao erário; e suspensão de três a cinco anos no caso de ferimento aos princípios.

Aqui vale, também, as considerações feitas sobre a aplicação do postulado da proporcionalidade quando da aplicação do intervalo cabível.

Todavia, caso opte pela aplicação do consequente em tela, deve o aplicador observar o intervalo previsto no art. 12 da LIA, aplicando, no mínimo, o mínimo previsto legalmente, sob pena de imiscuir-se no lugar do legislador.

Trataremos doravante da segregação destinada às empresas que celebram contratos com o poder público incorrendo nas hipóteses da LIA e LAC.

O consequente em tela alcança sua realização prática com a proibição da empresa condenada, ou por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócia majoritária, em contratar com poder público em geral, ou seja, em qualquer âmbito federativo, qualquer tipo de objeto, e, ainda, receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.³⁴

É defensável tratar-se de condenação de obrigação de não fazer, cuja realização prática ocorre com a inscrição da empresa condenada em sistemas de informação no qual o poder público, de qualquer esfera, tenha acesso, e conheça a restrição imposta pela condenação em tela.

A LAC criou o Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP com esse desiderato. Outro importante instrumento de realização prática do consequente em tela é o Cadastro Nacional de Condenados por Ato de Improbidade Administrativa, que reúne as informações do Poder Judiciário sobre pessoas físicas e jurídicas definitivamente condenadas por atos de improbidade administrativa gerido pelo Conselho Nacional de Justiça.

Outro cadastro importante, mais amplo, é o CEIS - Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas, criado pela Controladoria-Geral da União, que contem empresas com declaração de inidoneidade, de acordo com as Leis de Licitações, Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e a Lei do Pregão.

A LAC prevê, ainda, os consequentes de suspensão ou interdição parcial de suas atividades e dissolução compulsória da pessoa jurídica, ambas com clara finalidade de afastar a empresa corruptora da coisa pública.

Trata-se, em ambos os casos, de tutela desconstitutiva, a ser alcançada pela simples comunicação da decisão aos órgãos responsáveis, mormente Receita Federal do Brasil e respectivas Juntas Comerciais.

3 PROVIMENTOS DE URGÊNCIA NO NOVO CPC PARA TUTELA DA PROBABIDADE

O novo CPC estabelece um novo paradigma para a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional e para as medidas acautelatórias, denominadas na nova lei como tutelas de urgência, reguladas no art. 300 e seguintes.

³⁴ GARCIA ALVES, op. cit., p. 454.

Ao longo da averiguação pré-processual da ocorrência da prática de improbidade administrativa, seja pelo MP, seja no âmbito do ente lesado, é possível o manejo de medidas cautelares antecedentes como busca e apreensão, exibição de documentos ou coisas (sobretudo os entes públicos que não tenham os poderes requisitórios do MP), produção antecipada de provas (para interrogatório da parte, inquirição de testemunhas ou exame pericial), arrolamento de bens (sobretudo no caso de inviabilidade de indisponibilidade ou sequestro de bens).

Todas as modalidades de tutela cautelar que antes recebiam tratamento discriminado e detalhado no Código de 1973 continuam existindo, mormente em função do art. 5º, XXXV, da CF/88, regulado pelo art. 301 do CPC vigente.

Permanece, ademais, medidas cautelares típicas para tutela da probidade previstas expressamente na LIA e LAC, com fito de salvaguardar o resultado prático da Ação Civil Pública fundada nos referido normativos.

Os provimentos cautelares, típicos ou atípicos, podem ser requeridas em caráter antecedente, na forma dos arts. 305 e seguintes do novo CPC, ou incidental, nos próprios autos da Ação Civil Pública.

A tutela cautelar em caráter antecedente difere essencialmente da ação cautelar preparatória prevista no CPC de 1973. De acordo com o regime do art. 305 e seguintes, o legitimado, MP ou Fazenda Pública desfalcada, apresentará sua demanda cautelar ao juízo competente, e, no mesmo processo, deverá oportunamente formular e ter curso o pedido principal, este sim com base na LIA ou LAC.

Caso o ente legitimado não tenha formulado o pedido principal conjuntamente com o pedido de tutela cautelar (art. 308, §1º, do novo CPC), deverá formulá-lo no prazo de 30 dias, nos mesmos autos, desde que o pedido cautelar tenha sido concedido, sob pena de perda da eficácia do provimento assecuratório.

Abordaremos doravante algumas medidas cautelares típicas previstas no Sistema Nacional Anticorrupção.

O Afastamento do Agente Público é medida cautelar típica cabível em sede de tutela jurisdicional da probidade, expressamente prevista na LIA, com fito de afastar o agente público do cargo ou função, com foco na preservação da instrução processual³⁵. Seu regramento encontra-se no art. 20, parágrafo único, da LIA.

A medida ora analisada reveste-se de caráter excepcional, sendo cabível, apenas, quando se fizer necessária à instrução processual, com fito de evitar a atuação dolosa do agente, ameaçando testemunhas, destruindo documentos,

35 GARCIA; ALVES, op. cit., p. 734.

dificultando a realização de perícias, bem como realizando quaisquer outros atos capazes de criar dificuldades à elucidação dos fatos.³⁶

Afasta-se, dessa forma, a aplicação da medida com a finalidade de evitar a continuação da prática de atos ímprobos. Neste caso o afastamento será possível, mas como medida cautelar atípica, de acordo com os requisitos genéricos do art. 300 do novo CPC, com pouco apelo na jurisprudência pátria. Nestes casos, uma alternativa proporcional seria a determinação de medidas outras, como afastar o agente da atribuição que gera riscos à administração (deslocando-o para outras atividades que não possa causar riscos) ou limitação de determinados atos de suas atribuições, como fiscalizar, homologar licitações, etc.³⁷

Outra medida nominada na LIA e na LAC é a possibilidade de decretação de indisponibilidade dos bens do réu ímprobo, de grande utilidade para a realização prática da finalidade de restauração do *status quo ante*, mormente mediante o consequente de ressarcimento ao erário.

A indisponibilidade significa a impossibilidade de alienação de bens integrantes do acervo patrimonial do réu, podendo incidir sobre dinheiro, imóveis, móveis, veículos, ações, créditos, direitos, etc.

É possível excluir do réu ímprobo a própria posse sobre o bem, quando houver risco de extravio, perda ou deterioração da coisa. É possível, ainda, a alienação antecipada de tais bens, visto que tal medida, com a aplicação dos valores arrecadados como ativos financeiros, resguarda tanto a pretensão do Estado que, caso vencedor, terá os valores revertidos em seu favor, quanto o interesse do acusado que, na hipótese da improcedência dos pedidos, receberá o montante pago atualizado, e não um bem depreciado pelo tempo ou pela utilização indevida.

Assim, a materialização da medida cautelar ocorre casuisticamente, a depender da natureza do bem a ser posto em indisponibilidade. O juízo prolator da medida liminar determinará as providências para efetiva realização da indisponibilidade dos bens, de acordo com natureza de cada um deles.

A indisponibilidade pode ser requerida de forma genérica, sem a necessidade de especificar os bens objeto da constrição. Diferentemente do sequestro, não incide sobre bem determinado, mas sobre a generalidade de bens necessários à reparação do dano ou à desconstituição do enriquecimento ilícito.

Outra medida cautelar típica expressamente prevista na LIA é o sequestro.

A medida em tela, não obstante técnicas similares previstas em outros diplomas processuais, tem o fito de ser o instrumento adequado e garantidor da realização efetiva e material do consequente de “perdimento

³⁶ Resp nº 993065 e Resp nº 604834

³⁷ GARCIA; ALVES, op. cit., p. 740.

de bens e valores”, previsto na LIA e LAC, cuja finalidade é restabelecer o *status quo ante*.

Assim, o sequestro cairá sobre o produto da improbidade, ou aqueles sub-rogados, afastando-se qualquer discussão sobre a titularidade da coisa, ou sobre riscos de perecimento ou desaparecimento.³⁸ Ressalve-se, por óbvio, terceiros de boa-fé.

É possível excepcionalmente, tutela de urgência de natureza antecipatória, na forma do art. 300 do novo CPC. Contudo, a antecipação de tutela em ações com base na LIA e LAC ensejariam, em princípio, afronta ao princípio da não-culpabilidade e ofensa aos direitos de defesa do réu-ímprobo, que nada mais são do que garantias da validade e, conseqüentemente, efetividade da tutela jurisdicional da probidade administrativa.

Assim, a antecipação pura e simples dos próprios consequentes da LIA e LAC não é possível.

Todavia, é possível a antecipação recair sobre outras pretensões cumuladas na mesma Ação, ou seja, que também sejam objeto da demanda, cumulativamente com as pretensões típicas já citadas, que não os consequentes da LIA ou LAC.³⁹

Garcia e Alves⁴⁰, citando Martins Júnior, dão os exemplos de antecipação de tutela possíveis, sem afronta aos direitos de defesa do ímprobo:

Admitindo a incidência do instituto, tem-se a valiosa opinião de Wallace Paiva Martins Junior que fornece os exemplos de suspensão de “julgamento de licitação viciada, homologação de resultado ou posse do concurso público imoral, prestação de serviços por funcionários públicos contratados irregularmente, recebimento a maior de subsídios por agentes políticos etc. a tais exemplos poderíamos agregar vários outros, relacionados à pretensões constitutivas negativas: suspensão de execução de obra ou serviço público lesivos; suspensão de “privatização” contrária ao interesse público; suspensão de ordem de pagamento quando as despesas não forem autorizadas por lei (art. 10, IX, da Lei nº 8.429/92 c.c. Lei complementar nº 101/00) etc. No que tange respeita a pretensões mandamentais, poderíamos formular os seguintes exemplos: ordem de imediata aplicação dos valores correspondentes à verbas mínimas em educação, desde que orçamentariamente previstos; determinação de publicação de atos oficiais (art. 11, IV, da Lei nº 8.429/92) ou de prestação de contas (art. 11, VI) etc.

38 GARCIA; ALVES, op. cit., p. 756.

39 Ibidem, p. 780.

40 Ibidem, p. 780.

Para tanto, é preciso que estejam presentes os requisitos para antecipação de tutela previstos no art. 300 do CPC, ou seja, uma vez presente a plausibilidade da ocorrência do ato de improbidade, necessário, também, para o próprio recebimento da inicial, é preciso, ainda, a ocorrência de perigo de dano.

Nessa senda, a antecipação da tutela dessas matérias (cumuladas com aquelas fundadas na LIA e LAC) pode ser requerida em caráter antecedente, na forma do art. 303 do CPC. Nessa hipótese, a petição inicial poderá limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido final, com a exposição da lide (incluindo os pedidos fundados com base na LIA e LAC), do direito que se busca realizar e do perigo na demora, devendo ser aditada em 15 dias, se deferida, ou emendada em cinco dias, se indeferida, sob pena de extinção.

4 EFEITOS DA CONSENSUALIDADE DO NOVO CPC NA TUTELA DA PROBABIDADE

A solução consensual dos conflitos é uma das características mais dominantes do novo CPC. Há várias passagens em seu texto priorizando a consensualidade como principal método de pacificação.

Some-se ao novo CPC a Lei nº 13.140/2015, que também prioriza a consensualidade nos conflitos entre particulares e a Administração Pública, inclusive por meio de autocomposição.

Esse movimento em favor da consensualidade na solução de conflitos vem inspirando, inclusive, as demandas que visam a tutela da probidade administrativa, embora ainda não haja consenso sobre essa possibilidade.

A LAC, em seu art. 16, trouxe a possibilidade de acordo de leniência em favor das empresas corruptoras que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo de responsabilização.

Recentemente, a MP nº 703/2015 alterou a redação da LIA e LAC de modo a viabilizar transações no mérito da responsabilização por ato de improbidade. O art. 17, §1º, da LIA, que vedava expressamente transações em ações com base na LIA chegou a ser revogado. A MP nº 703/2015, contudo, não foi convertida em lei, e teve sua vigência encerrada em 29/05/2016.⁴¹

Assim, as redações originárias da LIA e LAC foram retomadas, inclusive o referido §1º do art. 17, que veda “transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput.”

Portanto, em que pese a consensualidade também querer contribuir para a solução dos conflitos decorrentes de atos de improbidade, há

⁴¹ Ato declaratório do presidente da mesa do Congresso Nacional nº 27/2016.

peculiaridades que não podem ser desconsideradas, como, por exemplo, a indisponibilidade das pretensões objeto da LIA e LAC.

Em regra, e o art. 17, §1º, da LIA não deixa margem para dúvidas. As pretensões perseguidas com base na LIA e LAC são indisponíveis, e sobre o mérito das mesmas não seria possível o legitimado ativo transacionar, mediante concessões recíprocas.

Seria possível, contudo, transacionar sobre modo de cumprimento das obrigações decorrentes do ato de improbidade. Poderia, por exemplo, fixado o dano ao erário em R\$100.000,00, transacionar sobre o modo de pagamento, parcelando-o. Mas, jamais, poderia ser transacionado em favor do ímprobo um valor menor do que o dano ao erário apurado e liquidado.

Assim, a consensualidade tão marcante do novo CPC é compatível com a tutela da probidade, desde que não haja concessões versando sobre pretensões indisponíveis.

5 CONCLUSÃO

O novo CPC veio restabelecer as expectativas acerca da prestação jurisdicional, sob novos poderosos paradigmas, entre eles: celeridade, economia e efetividade.

A nova lei processual tem a marca da agilidade e da leveza, consentâneo com o mundo que vivemos, com franco objetivo de encurtar o tempo do processo e torná-lo mais efetivo. A depender do intérprete, pode o novo CPC, integrado às demais normas do Sistema de Integridade Brasileiro, tornar-se uma ferramenta de grande utilidade ao combate à corrupção.

Como visto, é possível realizar uma interpretação harmoniosa entre as normas centrais do Sistema Anticorrupção, em especial a LIA e a LAC, e o novo Código de Processo Civil, de modo a proporcionar uma persecução judiciária garantidora de resultados práticos.

As pretensões fundadas na LIA e LAC serão alcançadas a partir de técnicas processuais adequadas do novo CPC para alcance das referidas pretensões. Se ressarcir, afastar o ímprobo da coisa pública e punir são necessidades de direito material diferentes, por óbvio, serão alcançadas por técnicas processuais diferentes. Assim, o rito, a sentença e os meios executivos não podem ser indiferentes às necessidades de direito material.

O novo CPC, interpretado em consonância com as demais normas do Sistema Anticorrupção, revela-se uma ferramenta essencial ao restabelecimento do status quo ante, punição em sentido estrito e segregação do ímprobo da coisa pública.

Eis, portanto, nossas conclusões acerca da integração do novo CPC ao sistema normativo que cuida da defesa da probidade.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria (emancipatória) da legitimação para países subdesenvolvidos*. Recife: Anuário do Mestrado em Direito, nº 05, 1992.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: RT, 2004. p. 147.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. Salvador: Jus Podvim, 2016.

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

OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade Administrativa*. Porto Alegre: Síntese, 1998.

SOBRINHO, Jorge Hage. Lei 12.846/2013: Lei da Empresa Limpa. *Revista dos Tribunais*, v. 947, p. 37 – 55, set. 2014.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arrruda. Improbidade Administrativa de dirigente de empresa estatal. *Revista Brasileira de Direito Público*, ano I n. 1, abr./jun. 2003.

TOURINHO, Rita. *Discricionariiedade Administrativa: Ação de Improbidade & controle Principiológico*. Curitiba: Juruá, 2004.