

Publicações da Escola da AGU

Implicações do Novo CPC na Atuação Proativa da AGU e Temas Correlatos

volume 8 - n. 03 - Brasília-DF, jul./set. 2016

ISSN-2236-4374

Publicações da Escola da AGU	Brasília	v. 8	n. 03	p. 1-292	jul./set. 2016
------------------------------	----------	------	-------	----------	----------------

Publicações da Escola da AGU

Escola da Advocacia-Geral da União
Ministro Victor Nunes Leal

SIG - Setor de Indústrias Gráficas, Quadra 06, lote 800
CEP 70610-460 – Brasília – DF Telefones (61) 2026-7368 e 2026-7370
e-mail: eagu.secretaria@agu.gov.br

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Ministra Grace Maria Fernandes Mendonça

DIREÇÃO GERAL DA AGU

Paulo Gustavo Medeiros Carvalho	Advogado –Geral da União Substituto
Cleso José da Fonseca Filho	Procurador-Geral Federal
Izabel Vinchon Nogueira de Andrade	Procuradora-Geral da União
Fabício da Soller	Procurador-Geral da Fazenda Nacional
Marcelo Augusto Carmo de Vasconcellos	Consultor-Geral da União
Altair Roberto de Lima	Corregedor-Geral da AGU
Isadora Maria Belem Rocha Cartaxo de Arruda	Secretária-Geral de Contencioso

ESCOLA DA AGU

Grégore Moreira de Moura	Diretor
Pedro Vasques Soares	Vice-Diretor
Eduardo Fernandes de Oliveira	Coordenador-Geral

EDITOR RESPONSÁVEL

Grégore Moreira de Moura

COORDENADOR CIENTÍFICO

Vinicius Torquetti Domingos Rocha

CONSELHO EDITORIAL

Grégore Moreira de Moura
Pedro Vasques Soares
Vinicius Torquetti Domingos Rocha
Marco Antonio Perez de Oliveira
Marcos Luiz da Silva

Apoio Institucional: Escola da AGU

Diagramação/Capa: Niuza Lima/Glúcia Pereira

Os conceitos, as informações, as indicações de legislações e as opiniões expressas nos artigos publicados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Publicações da Escola da AGU: Implicações do Novo CPC na Atuação Proativa da AGU e Temas Correlatos - Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal - volume 8, n. 3, (jul./set. 2016).
Brasília: EAGU, 2012. mensal.

A partir do ano III, n. 8 passou a ser periódico bimestral, a partir do ano IV, n° 14 periodicidade mensal e a partir do ano VII v. 39 periodicidade trimestral.

A partir de 2016, houve alteração no número dos exemplares. A Revista receberá numeração 1-4 em todos os volumes subsequentes.

ISSN 2236-4374

1 - Direito Público - Artigos - Brasil I. Título. II. Série.

CDD 340 . 5
CDU 34 (05)

SUMÁRIO

Agradecimento <i>Izabel Vinchon Nogueira de Andrade</i>	5
Apresentação <i>Grace Maria Fernandes Mendonça</i>	7
Tutela de Direitos Coletivos: o caso dos juros de mora em processos coletivos <i>Protection Collective Rights: the case of the default interest in collective process</i> <i>Diogo Palau Flores dos Santos</i>	9
O Novo CPC e a Recomposição do Erário: por uma tutela executiva mais efetiva <i>The New CPC and the Recomposition of the Treasury: for a more effective executive protection</i> <i>Priscila Leal Seifert</i>	45
Ação Judicial pela Prática de Ato de Improbidade Administrativa e o Trânsito em Julgado Parcial da Sentença: a efetividade do processo como caminho para o combate da corrupção <i>Lawsuit by Practicing Act of Administrative Improbity and Transit Partial of the Final Sentence: the effectiveness of the process as way to combat corruption</i> <i>Vanir Fridriczewski</i>	75
Princípios Gerais do Novo Código de Processo Civil e Atuação Proativa da Advocacia-Geral da União (AGU) <i>Principles of the New Civil Procedural Code and the Federal Attorney General Office (AGU) Judicial Proactiveness</i> <i>Cesar Jackson Grisa Júnior</i>	103
A Supressão do Contraditório Preliminar na Lei de Improbidade: uma medida contra a corrupção ou contra a eficiência na administração da justiça? <i>The Proposed Suppression of Preliminary Hearings in Suits for Misconduct in Public Office: a measure against corruption or a measure against effective case management?</i> <i>Marco Antonio Perez de Oliveira</i>	121
A Lavra Ilegal e a Extensão dos Prejuízos Indenizáveis <i>Illegal Mining and Damages Settlement</i> <i>Renata Ricarte Domiciano Ferreira</i>	139

Técnica Processual Adequada no Novo CPC e a Coerência do Sistema Nacional Anticorrupção <i>Appropriate Procedure in New CPC and the National Anti-Corruption System Coherence</i> Marcelo Eugênio Feitosa Almeida	179
Prevenção da Corrupção ou <i>Accountability</i> <i>Corruption Prevention or Accountability</i> Carmen Tomasi de Abreu	205
Enriquecimento Ilícito de Servidores Públicos: presunção relativa da origem ilícita dos bens e restituição dos bens acrescidos ilicitamente <i>Unlawful Enrichment of Public Servants: relative presumption of illicit origins and restitution of illegally acquired assets</i> Eduardo Alonso Olmos.....	231
Corrupção, Legalismo e Impunidade no Brasil: reflexões acerca da função preventiva da AGU <i>Corruption, Strict Legalism and Impunity in Brazil. comments on the preventive role played by the federal attorney general office</i> Marina Camargo Aranha Lima	261

AGRADECIMENTO

Esta obra coletiva não seria possível sem a fundamental participação dos Advogados da União Marco Antonio Perez de Oliveira e Marcos Luiz da Silva que se prontificaram a fazer a coordenação científica dos trabalhos.

Também gostaria de agradecer aos colegas Vinícius Torquetti Domingos Rocha, Diretor de Patrimônio e Probidade da PGU, e, Pedro Vasques Soares, Vice-Diretor da Escola da AGU, pela organização dos trabalhos.

Com a publicação deste livro não tenho dúvidas que ganha a Instituição e a sociedade.

A vocês, nossos agradecimentos!

IZABEL VINCHON NOGUEIRA DE ANDRADE
Procuradora-Geral da União



APRESENTAÇÃO

Coube-me a honra de apresentar esta obra desenvolvida pela Escola da Advocacia-Geral da União que reúne artigos produzidos por Advogados da União, os quais abordam os reflexos da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, novo Código de Processo Civil, sobre a atuação proativa da AGU.

A Constituição Federal de 1988 confiou à essa Instituição, como Função Essencial à Justiça, a representação judicial e extrajudicial da União, e ainda, nos termos da lei complementar, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

Sob a perspectiva judicial, desde sua estruturação embrionária, a AGU se destacou na defesa das ações judiciais intentadas em face da União, bem como se notabilizou no relevante papel de defensora das políticas públicas que foram questionadas perante os tribunais. Essas atribuições sempre foram vistas como sendo inerentes ao mister que a Constituição confiou à AGU.

Entretanto, o mesmo não se podia dizer em relação à atuação proativa judicial, compreendida como a proteção da probidade, o combate à corrupção e a defesa do patrimônio público. Não foi de imediato o entendimento de que essas vertentes de trabalho também se inseririam no feixe de competências da Advocacia-Geral da União.

Nos dias atuais, em cumprimento à sua missão constitucional, a atuação da AGU em defesa do patrimônio público e da probidade administrativa vem assumindo uma posição de destaque. A partir da estruturação de setores especializados, da capacitação de membros, da articulação de parcerias com os demais órgãos de controle e do ajuizamento de inúmeras ações, o desempenho da instituição tem sido reconhecido em diferentes esferas.

No plano nacional, por exemplo, a iniciativa do Grupo Permanente de Atuação Proativa na recuperação judicial de valores desviados de instituições públicas foi eleita para o Prêmio Inovare. No âmbito internacional, as boas práticas da AGU receberam menção nos relatórios da Organização dos Estados Americanos – OEA e também da Organização das Nações Unidas – ONU.

Ao atuar em juízo em defesa do Estado, a AGU vocaliza, em última instância, a legítima expectativa que a sociedade - primeira

e única destinatária da coisa pública - anseia no sentido de se ter um Estado menos corrupto, e, ao fim, mais justo e eficiente.

Neste sentido, é fundamental buscar uma atuação firme mas responsável; discreta mas ativa, sem deixar que as opções político-partidárias do momento influenciem os rumos dos trabalhos a serem desenvolvidos.

Nesse contexto, a presente publicação “Novo CPC e o proativo” possui a privilegiada condição de ser decorrência do trabalho de qualificados Advogados da União, integrantes das equipes da Procuradoria-Geral da União dedicadas ao combate à corrupção e à recuperação de ativos em diversas unidades do país.

Com a edição da Lei Federal nº 13.105/2015 – Novo Código de Processo Civil, é notório que a atuação da advocacia pública sofreu impacto por uma série de inovações, que vão desde a simbólica inclusão em título próprio à nova sistemática recursal e de gestão dos prazos processuais até a percepção dos honorários advocatícios.

Especificamente no âmbito da atuação proativa, objeto da Revista da AGU, são abordadas questões relevantes que envolvem a efetividade no ressarcimento ao Erário nos títulos extrajudiciais; “compliance” e a responsabilidade de pessoas jurídicas por atos contra o Poder Público; o enriquecimento ilícito de servidores; a desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa; prescrição intercorrente; a prevenção da corrupção e “accountability”; a correlação entre o pedido e a sentença nas ações de improbidade; os reflexos da nova sistemática de conciliação, entre outros.

Assim, a contribuição acadêmica dos membros da Advocacia-Geral da União para o debate alinha-se com o pleno desenvolvimento das atividades de uma autêntica Advocacia de Estado, vocacionada para agir norteada pelo máximo prestígio aos princípios constitucionais da eficiência e moralidade. Nessa perspectiva o presente estudo servirá como ponto de partida e motivação para a organização de publicações similares.

Parabéns aos autores e boa leitura a todos!

GRACE MARIA FERNANDES MENDONÇA
Advogada-Geral da União

TUTELA DE DIREITOS COLETIVOS: O CASO DOS JUROS DE MORA EM PROCESSOS COLETIVOS

PROTECTION COLLECTIVE RIGHTS: THE CASE OF THE DEFAULT INTEREST IN COLLECTIVE PROCESS

Diogo Palau Flores dos Santos¹
Advogado da União, lotado na Procuradoria-Geral da União

SUMÁRIO: Introdução; 1 Revisão crítica dos institutos processuais: afinal para que serve o direito processual?; 2 Revisão crítica da classificação dos direitos em processos coletivos; 3 Tentativa de sistematização para a realização dos direitos: caso dos juros de mora na tutela coletiva; Referências.

¹ Doutor em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo – FADISP. Mestre em Direito pelo Instituto de Direito Público – IDP/DF. Professor Universitário nos Cursos de Direito e de Relações Internacionais do Centro Universitário IESB.

RESUMO: O presente trabalho procura delimitar a identificação os direitos coletivos tutelados para o fim de se definir as regras processuais adjacentes. O argumento defendido no texto parte da premissa de identificação da espécie de direito coletivo para o fim de posterior consequência no resultado do processo. Para defender essa tese, analisa-se a controvérsia a partir da definição dos juros de mora em processos coletivos, que possui divergência jurisprudencial.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Coletivo. Tutela de Direitos Coletivos. Espécies de Direitos.

ABSTRACT: This paper seeks to delimit the identification of the collective rights protected in order to define the adjacent procedural rules. The argument advocated in the text starts from the premise of identifying the kind of collective right for the purpose of subsequent consequence in the outcome of the process. In order to defend this thesis, the controversy is analyzed from the definition of default interest in collective process, which has jurisprudential divergence.

KEYWORDS: Collective Process. Protection of Collective Rights. Kinds of Rights.

INTRODUÇÃO

Contemporaneamente é assente que se deva dar um tratamento coletivo para tipos de conflito que suscitam discussões judiciais. Já há bastante tempo que se percebeu que o processo civil “clássico” (expressão aqui utilizada para se referir à normatização desenvolvida basicamente com e a partir do Código de Processo Civil de 1973) não poderia servir de base para o tratamento de demandas que ultrapassam os interesses das pessoas individualmente consideradas.

Os “práticos do Direito” (expressão aqui utilizada para referir todos aqueles que trabalham com a aplicação de normas jurídicas para a solução de conflitos) já haviam percebido que os conceitos tradicionais da propalada “Teoria Geral do Processo” não encontravam suporte na realidade das demandas; a denominada “trilogia fundamental do processo”, que envolve o estudo da “ação”, “jurisdição” e “processo”, evidenciavam não garantir ao jurisdicionado que o direito vindicado fosse de fato efetivado e realizado por intermédio do Estado-Juiz.

Deve-se considerar que os práticos do Direito nem sempre possuíam essa percepção de forma nítida, considerando que se mantinha um nível de atuação cotidiana ainda com elementos das pressuposições acadêmicas acima referidas, onde de regra se buscava conciliar o processo civil clássico com as demandas que ultrapassavam os direitos individualmente considerados. Não havia espaço para uma abertura teórica dentro de um ambiente prático, porquanto o risco inexorável era exatamente o prejuízo da parte em juízo.

Com efeito, este sempre foi em certa medida o problema de se levar para o campo prático de discussão jurídica as pressuposições acadêmicas de correntes teóricas: o risco de uma incompreensão do julgador dessas discussões o que, como resultado, acarretaria em não resguardo do direito vindicado.

Da mesma forma, paralelamente a esse fenômeno (no sentido etimológico do termo, de *fai nomenon*, “algo que se apresenta”) é que surgem as discussões acadêmicas, não exatamente coincidentes temporalmente, mas que podem ser identificadas dentro de um mesmo corte de abordagem temática, qual seja a judicialização de demandas transindividuais. Nesse ponto é que entram as concepções desenvolvidas pelos “teóricos do Direito” para analisar as demandas que se apresentavam no sentido de solucionar conflitos de interesses que não poderiam ser identificados *a priori* ou que, embora o pudessem, não se poderia precisar com exatidão a extensão dos direitos adjacentes.

A dupla abordagem do fenômeno (prática e teórica) desencadeou resultados úteis à sociedade, como a edição da Lei da Ação Popular (Brasil, Lei 4.717, 1965), Lei da Ação Civil Pública (Brasil, Lei 7.34, 1985), Código do Consumidor (Brasil, Lei 8.078, 1990), Lei da Improbidade Administrativa

(Brasil, Lei 8.429, 1992), Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069, 1990), Lei da Pessoa Portadora de Deficiência (Brasil, Lei 7.853, 1989), Lei Protetiva dos Investidores do Mercado de Valores Mobiliários (Brasil, Lei 7.913, 1989) e Lei de Prevenção e Repressão às Infrações contra a Ordem Econômica - Antitruste (Brasil, Lei 8.884, 1994, hoje revogada pela Lei 12.529, 2011), que passaram a formar um prolapado “sistema” (ou, para alguns, “microssistema”) de proteção coletiva de direitos. Entretanto, deve-se ressaltar que o ápice legislativo sem dúvida fora com o Código do Consumidor, principalmente ao enumerar as espécies de direitos em difusos, coletivos e individuais homogêneos (art. 81, parágrafo único). Contudo, a perspectiva de se analisar o objeto com as perspectivas da Teoria Geral do Processo que encontra esteio no processo civil clássico acarretou numa aparente contradição de institutos jurídicos sem uma realização sensível dos direitos em discussão.

Com efeito, tornou-se lugar comum se criticar ou delimitar em que nível os institutos da legitimação, representação, efeitos e extensão da coisa julgada poderiam ser aplicados aos processos transindividuais. Uma das principais discussões seriam os problemas adjacentes de litispendência, porquanto já se consagrara como um postulado de que não haveria que se considerar que uma demanda individual seria igual a uma demanda coletiva. Um exemplo hipotético poderia bem ilustrar a problemática: um sindicato *X* de uma determinada categoria profissional de servidores públicos *Y* propõe uma demanda em face da União; paralelamente um servidor *Z* da mesma categoria profissional *Y* propõe uma demanda com os mesmos pedidos também em face da União. Nesse caso hipotético, trabalhando com os conceitos na forma clássica não haveria litispendência (art. 337, §1º, CPC/2015), porquanto as partes formalmente consideradas não são as mesmas; da mesma forma, não haveria litispendência, pois não haveria a ocorrência dessa situação em caso de comparação de processos coletivos e processos individuais (art. 104, CDC).

Em que pese o resultado teórico dessa abordagem seja bastante útil para a condução dos processos, uma vez que traduz um direcionamento bastante objetivo de como os tribunais devem agir, cria um problema prático de ordem substancial no caso de procedência dos pedidos em ambos processos, qual seja eventual pagamento em duplicidade pela União ao servidor *Z*, visto que os dois processos teriam o seguimento não obstacularizado. Nessa situação, poder-se-ia admitir que o servidor *Z* poderia inclusive escolher a melhor situação processual de acordo com os seus interesses, abrindo mão de um título executivo. Essa seria uma hipótese de se evitar constrangimentos práticos, mas que ainda precisaria passar pelo crivo de um refinamento da essência da defesa coletiva de direitos, conforme se pretende fazer neste trabalho.

Seja como for, é corrente na doutrina se analisar a situação processual de acordo com o resultado final do processo, sintetizada na expressão *secundum eventum litis*, que significa afirmar que, em caso de procedência dos pedidos haverá coisa julgada, sendo o comando do dispositivo imutável e *erga omnes*, ou seja, independentemente de terem participado formalmente da relação processual. Entretanto, em caso de improcedência dos pedidos, tem-se que analisar uma outra particularidade: a sentença de improcedência ocorrera por falta de provas, não haverá coisa julgada, já se for por outro motivo que não a falta de provas, haverá a coisa julgada. No primeiro caso (falta de provas), outra ação civil poderia ser proposta, desde que fundada em novas provas. Pois bem, nesse cenário, no exemplo referido acima, se há uma decisão judicial na demanda proposta pelo sindicato X julgando improcedente os pedidos e uma decisão favorável na demanda ajuizada por Z, qual deveria prevalecer?

Em que pese haja elementos dogmático-epistêmicos (conforme se voltará a referir mais a frente) que procurem resolver o cenário acima, por exemplo, no sentido de que o pressuposto da existência de um processo coletivo é proteger os direitos e não impedir o seu exercício e que por essa razão deveria prevalecer a decisão individual, a situação não é tão simples de se revolver como se apresenta, porquanto haveria de fato uma decisão desfavorável para toda uma categoria, uma contradição entre duas coisas julgadas, que a Teoria Geral ainda não resolvera.

É bem verdade que há sérias controvérsias na doutrina sobre esse segundo problema (coexistência de coisas julgadas antagônicas), contudo, este não é o cerne do presente trabalho, mas sim, procurar revisitar de forma crítica a proteção coletiva de direitos de forma que haja uma adequada resposta prática.

1 REVISÃO CRÍTICA DOS INSTITUTOS PROCESSUAIS: AFINAL PARA QUE SERVE O DIREITO PROCESSUAL?

A propalada Teoria Geral do processo representa uma tentativa de teorização e classificação de conceitos e institutos que seriam aplicáveis e utilizáveis de forma geral e abstrata em qualquer ordenamento jurídico. Evidencia-se, assim, uma concepção pretensamente científica que procura enunciar conceitos relacionados à função do Estado em solucionar conflitos coercitivamente.

Nesse sentido, esclarecem Henrique Araújo Costa e Alexandre Araújo Costa:

Inspirados na Jurisprudência dos Conceitos germânica (também chamada de Escola Pandectística), os processualistas tipicamente

partem do pressuposto de que a análise do direito positivo permite a identificação das categorias fundamentais do processo e que, uma vez devidamente esclarecidos esses conceitos, eles podem ser recompostos na forma de um sistema unitário e coerente de conhecimentos.

Essa tendência à abstração universalizante se mostra especialmente forte no cuidado com que os juristas constroem definições rigorosas e estabelecem largos debates sobre os limites dessas conceituações, gerando uma infundável sequência de taxonomias: pressupostos processuais, condições da ação, tipos de sentenças, modalidades de provimentos judiciais etc. Nesses debates, não se busca apenas uma classificação dos elementos presentes em um direito positivo, mas a elaboração de categorias abstratas que deveriam orientar os legisladores na elaboração das leis processuais e os juízes no processo de aplicação. Assim, o discurso processual nunca se constituiu como uma mera explicação do direito vigente, pois ele sempre esteve envolvido na busca de parâmetros para o exercício adequado da legislação e da jurisdição.²

Revela notar que os teóricos do direito processual utilizam os conceitos categorizados para o fim de analisar ou inspirar as reformas legislativas, num propósito nitidamente cientificizante, portanto, com pretensão de validade, para o fim de direcionar o acerto ou desacerto da empreitada normativa:

Um reflexo dessa perspectiva é o fato de que os processualistas avaliam a qualidade das leis que reformam o sistema processual tomando como parâmetro a medida em que elas se amoldam ao quadro conceitual dominante, o que permite classificá-las como técnicas ou atécnicas. Curiosamente, é nesse enfoque prescritivo que se costuma identificar o caráter científico da teoria processual, pois essas concepções se apresentam como científicas na medida em que conformam um discurso dogmático prescritivo baseado na sistematização de certas categorias às quais se atribui uma validade universal, em virtude de seu pretensão caráter racional.

As principais categorias que constituem esses sistemas conceituais são aquelas que integram a chamada trilogia estrutural: ação, jurisdição e processo. Mas várias outras categorias teóricas entram no mesmo

² COSTA, Henrique Araújo; COSTA, Alexandre Araújo. O conceito de ação: da teoria clássica à moderna. Continuidade ou ruptura?. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 19, n. 76, p. 1, out./dez. 2011.

espaço: lide, conflito e interesse, por exemplo. Entende-se que essas categorias não são determinadas pela experiência histórica, mas que elas mantêm uma forma definida ao longo da história. Portanto, os direitos positivos não as alteram, limitando-se a regular os modos de sua concretização em cada contexto social.

Aqui, é evidente a influência do platonismo, que busca uma ciência das formas ideais, que permanecem na base da experiência, mesmo que os conteúdos sejam definidos por decisões políticas circunstanciais. Também é marcante a influência da perspectiva *more geométrico* de pensadores como Espinosa e Leibniz, que inspiram a posição formalista e sistemática dos pandectistas alemães, que tratam os conceitos como elementos independentes da realidade social em que afloram. O puro conceito, como os conceitos matemáticos, transcende a realidade em que ele é captado e constitui um elemento cuja permanência possibilitaria um conhecimento científico do direito.³

A percepção de uma tentativa de cientificização de institutos processuais é também encontrada de forma geral nos sistemas de *civil law* através de seu desenvolvimento histórico de processos de codificação de normas jurídicas, porquanto, haveria um esforço de tornar textualmente normativo o que se desenvolvia na prática de solução de conflitos.

Exemplo dessa constatação é o ocorrido com o Direito Civil, conforme se verifica na argumentação de Ricardo Manuel Rojas ao analisar a influência da criação da ordem espontânea no Direito, com os problemas advindos do processo de codificação, porquanto se tiraria a essência da razoabilidade de se criar a norma no caso concreto:

Originalmente, el derecho romano tuvo una evolución similar a la del common law anglosajón, desarrollada a partir de la solución de conflictos concretos por parte de los pretores, con el asesoramiento de los expertos em derecho. Esta tradición fue compilada y codificada por orden del emperador Justiniano em 533, incluyendo tópicos como el derecho de las personas, familia, sucesiones, propiedad, responsabilidad por daños, enriquecimiento ilícito y contratos. La mayoría de los códigos civiles sancionados a partir del siglo XVIII trataron sustancialmente los mismo temas, y todos ellos fueron incluidos em lo que se dio em llamar el “derecho civil”⁴

3 COSTA, op. cit., p. 1-2.

4 ROJAS, Ricardo Manuel. *Análisis Económico e Institucional del Orden Jurídico*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004. p. 84.

Ressalte-se que é a partir da inspiração das correntes filosóficas iluministas e racionalistas, surgiu o positivismo jurídico, mitigando hipóteses que deveriam ser propiciadas pela interpretação a ser realizada de forma racional em cada situação de conflito:

Esta concepción respecto de los Códigos tuvo como consecuencia necesaria al llamado “positivismo jurídico”, nacido em la convicción de que, al encarnar los códigos la totalidad de la sabiduría jurídica susceptible de ser alcanzada mediante la razón, constituían una normatividad intrínsecamente perfecta y justa; por primera vez em la historia, razón y legislación positiva coincidían. Por ello se pretendia a toda costa evitar que mediante la interpretación de los textos legales se alterara esse desiderátum de perfección racional jurídica; de allí la conocida frase de Napoleón acerca de que toda interpretación a su código era ‘susceptible de ideología subversiva y principio de anarquía’⁵

Pode-se afirmar que havia no processo de codificação uma abordagem pragmática de se encontrar soluções preestabelecidas para casos de conflitos considerando a experiência romanista; uma solução prática que fora utilizada para resolver um determinado caso passara a ser uma regra generalizante para casos futuros. Em que pese se possa identificar os problemas dessa empreitada, era o que se tinha como inspirador das correntes do início do século XIX, no sentido de se tentar construir uma ciência jurídica, apta a estabelecer categorias ideais e pretensamente universais:

Tratava-se de um momento em que somente era reconhecida a cientificidade de conhecimentos que tratassem de objetos imutáveis, como as leis da física, da química e da biologia. Fora disso, haveria arte, haveria técnica, mas não haveria ciência propriamente dita. Por isso mesmo é que a chamada ciência do processo tem origem em uma tentativa de “absolutizar as instituições processuais, desligando-as de seus compromissos históricos”. Essa perspectiva introduz no pensamento jurídico uma intensa busca por formalização, já que a forma seria o elemento permanente e universal dos objetos empíricos.

Nesse quadro, as múltiplas contingências do processo histórico somente se mostram inteligíveis na medida em que elas são apreendidas por meio das formas que estruturam a realidade. Assim como a química era uma ciência analítica que decompunha a matéria em elementos mais simples para compreender as suas relações, a ciência jurídica deveria

5 ROJAS, op. cit., p. 97.

decompor o direito em seus elementos constitutivos (os conceitos), com o objetivo de identificar os elementos fundamentais que estruturam a forma da realidade. Esse projeto gerou uma profunda revisão dos conceitos jurídicos, que adquiriram um patamar até então desconhecido de rigor e precisão.

Atualmente, tendemos a compreender que isso foi uma mudança no próprio discurso jurídico, que passou a ser mais rigoroso e sistemático. Naquele momento, porém, os juristas consideravam que estavam descobrindo os conceitos fundantes, desvendando a estrutura formal do direito e desenvolvendo sistemas de conhecimento que refletiriam a própria sistematicidade do mundo. A veracidade das proposições jurídicas era apresentada como uma decorrência do rigor na definição das categorias teóricas, que deveriam ser válidas de maneira universal, em virtude de seu caráter formal. Por se tratar de conceitos racionais percebidos pela razão, poderíamos pressupor que eles se encontram concatenados em um sistema coerente de princípios. Com isso, seguiríamos a intuição sistêmica de Hegel, para quem tudo que é racional é real, de tal modo que, se um conceito é racionalmente necessário para explicar uma realidade, então ele deve ser reconhecido como uma explicação real do mundo.⁶

Voltando à reflexão sobre os institutos processuais, um exemplo característico da percepção de uma categoria ideal é a próprio conceito de ação, que seria abstrata, distanciando-se do direito material, especialmente após os estudos de Oscar Von Bülow: para explicar a atuação jurisdicional nos casos paradoxais de não acolhimento dos pedidos havia que se explicar a existência de uma outra relação jurídica diversa da de direito material, nesse ponto entra em cena a relação jurídica processual.

Interessa notar que essa perspectiva vai ao encontro justamente da abordagem científica do direito, que estava a emergir com o positivismo, que atualmente se encontra em declínio.

A questão fundamental que se coloca para o presente trabalho se resume a considerar que as categorias e institutos processuais desenvolvidos pelos teóricos do direito acabam por amarrar saídas para soluções práticas da vida real. Essa é razão pela qual se tem debates sobre aspectos relacionados aos pressupostos teóricos do direito processual clássico que não deveriam servir de base para demandas coletivas. Contudo, ao se colocar esse aspecto em discussão, que de fato representa uma solução no sentido de se abandonar algumas categorias ideais, em verdade acaba por criar outras também abstratas

6 COSTA; COSTA, op. cit., p. 3-4.

que não resolvem os problemas do cotidiano de solução de conflitos. O exemplo referido acima é bastante em si: há ou não litispendência entre uma ação coletiva e ação individual? Perceba-se que a idealização de uma saída prática como o enunciado de que “não há litispendência entre uma ação coletiva e uma ação individual” parte de uma idealização diversa da que fundamentara a essência do conceito de litispendência (de lide em curso; lide pendente); rompe-se com o conceito abstrato como um mecanismo de manutenção da abstração. Contudo, a questão central é colocada ao inverso, pois o problema persiste: alguém pode receber duas vezes pelo mesmo direito? Alguém pode ser beneficiado em uma demanda sendo que em outra o seu direito fora negado?

Portanto, não é com a simples definição prévia da categoria jurídica do instituto processual que se poderá resolver os problemas práticos de solução de conflitos, conforme se demonstra mais à frente ao se abordar a classificação legal de direitos em processos coletivos.

Com efeito, o cerne de que se deve revestir a atenção dos teóricos do direito é em que medida os estudos do direito processual podem servir de utilidade para a resolução de conflitos na sociedade; deve-se considerar que a estrutura normativa de um sistema jurídico não é algo em si, mas que deve servir de base para a facilitação do cotidiano, criando mecanismos de estabilização de expectativas na sociedade.

Nesse aspecto, o direito processual civil entra em cena como um instrumento de que se vale o sistema jurídico em sentido amplo como um mecanismo de garantir a aplicação desse mesmo sistema; não é por outra razão que ganhara relevo as perspectivas de instrumentalidade do processo, da tutela jurisdicional diferenciada ou do propalado “princípio” de primazia de resolução do mérito que teria sido incorporado pelo novo Código de Processo Civil (art. 485, CPC/2015).

Ainda nesse enfoque, os institutos de direito processual não poderiam ser previamente categorizados para o fim de se chegar a uma conclusão, numa linha argumentativa eminentemente cartesiana, mas sim, de se perceber a correta identificação do problema de modo a se permitir uma também adequada solução dos conflitos na sociedade.

Obviamente que há que se considerar igualmente as disposições normativas de acordo com historicidade de suas pressuposições, porquanto não haveria como se admitir um regramento de procedimento casuístico para demandas aleatoriamente, porquanto isso revelaria uma forma velada de arbítrio estatal, que colocaria em xeque o próprio sistema jurídico como um todo. Com efeito, se as disposições normativas processuais têm por escopo a aplicação de normas de conduta na esfera cotidiana de uma sociedade, qualquer hipótese que propiciasse um alargamento demasiado das condições de sua aplicação poderia ser razão suficiente para o aniquilamento de todo o sistema normativo: há que se ter uma

integridade histórico-conceitual de modo a se preservar a mesma integridade histórico-conceitual das normas a se aplicar a uma dada situação social.

Portanto, há uma tensão imanente entre o reconhecimento de dada realidade, que não deve pressupor aprioristicamente uma categorização prévia de um instituto processual, e a consideração de que como se interpreta ordinariamente o eventual conflito posto em consideração. Essa tensão possui relevância na medida em que procura fundir em uma mesma abordagem a integridade da norma jurídica e a correta interpretação do problema na realidade, funcionando de forma indireta como condição de possibilidade para estabilização de expectativas na sociedade.

Lançadas essas considerações, importa analisar as categorizações feitas hodiernamente para a solução de conflitos em demandas coletivas, que se passa a fazer no tópico seguinte.

2 REVISÃO CRÍTICA DA CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS EM PROCESSOS COLETIVOS

Conforme acima exposto, não seria a categorização prévia do instituto jurídico a forma correta para a solução do problema, mas sim a identificação correta do fato na realidade para identificação da situação jurídica; de regra, não é o direito que molda o fato, mas sim este que identifica os contornos da norma a aplicar.

Contudo, a título de advertência, deve-se considerar que o direito pode funcionar como elemento influenciador dos fatos, essa foi a razão pela qual se utilizou a expressão acima “de regra”. Essa característica ocorre quando, a depender das condições que se apresentam o problema fático, acaba por exigir do intérprete uma modificação hermenêutica do que até então se considerava na prática; essa hipótese possui o condão de influir em situações fáticas futuras, contudo, posteriormente sempre haverá um fato que será levado em consideração para se aplicar uma norma jurídica, confirmando-se, assim, a regra de que o fato precede à norma.

Considere-se, ainda, um segundo ponto (advertência da advertência): mesmo nas hipóteses de alteração fática pelo direito, primordialmente leva-se em consideração a historicidade, ou seja, não se poderia ignorar arbitrariamente o conteúdo semântico adquirido pelo acúmulo normativo herdado das diversas situações em que se aplicara a norma jurídica em fatos semelhantes. Caso isso fosse permitido, haveria um rompimento epistemológico do problema, porquanto negaria em essência a própria aplicação do Direito, com severas consequências práticas, como a desconsideração do regime democrático e o Estado de Direito.

Voltando à pressuposição lançada neste trabalho (fatos *a priori*, direito *a posteriori*), não seria adequado primeiramente se identificar a classificação dos direitos em juízo para o fim de delimitação da controvérsia.

A título de problematização, considere-se a distinção que a doutrina faz entre interesse público primário e secundário:

Renato Alessi faz a seguinte distinção: o interesse público, visto substancialmente como o bem geral, pode ser referido como: interesse público primário; por sua vez. O modo pelo qual os órgãos da Administração vêem o interesse público, pode ser chamado de interesse público secundário. Ora, nem sempre um e outro são uma só e mesma coisa.

Poderia, aparentemente, causar espécie que o interesse público, visto pelos órgãos da Administração, possa não coincidir com o efetivo interesse da comunidade. Seria, entretanto, mera ficção supor que o contrário sempre ocorresse. A construção de uma hidrelétrica, de uma usina atômica ou de um aeroporto em lugar menos propício; um conjunto de medidas de natureza econômica; a declaração de guerra entre países - nem sempre tais decisões significarão, necessariamente, o melhor para a comunidade, até mesmo quando aja de boa-fé o administrador. Tanto assim que, não raro, os governantes que se sucedem reconsideram decisões, revêem planos, abandonam projetos encetados: o próprio povo freqüentemente rejeita nas urnas as linhas de recente atuação governamental.⁷

Essa citação é tranquilamente aceita no sentido de separar o interesse patrimonial do Estado com o interesse da coletividade, contudo, a análise deve ser melhor empreitada. Com efeito, tome-se o exemplo da construção de uma usina hidrelétrica, adotando-se como referência a citação acima. Não é pelo fato que haja grupos que são contra a construção de uma usina hidrelétrica pelo Estado que se pode dizer que existe uma diferenciação entre interesses públicos; o que se pode dizer é que há conflito de interesses, somente e sem qualificação de ser público ou individual. Contudo, a partir do momento em que esses interesses entram em esfera de colisão por intermédio de correntes interpretativas é que se passa a ter a tensão entre elas, mas o próprio Direito adotará ou criará uma interpretação para solução do conflito. E essa solução será feita pelo Estado, por intermédio de sua função jurisdicional.

7 MAZZILLI, Hugo Nigro. Interesses coletivos e difusos. *Doutrinas Essenciais do Direito Ambiental*. v. 4. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2011. p. 1211.

Perceba-se que a discussão judicial a ser travada judicialmente pode ser feita em face do Estado: a) por um grupo de pessoas, b) por um indivíduo apenas ou c) por um órgão do próprio Estado, como o Ministério Público. Seria tranquilamente admissível que, caso a ação judicial contra a construção da usina hidrelétrica tivesse sido proposta pelo grupo de pessoas, como uma associação que visa a proteção ambiental, ou pelo Ministério Público, a demanda em questão seria tratada como se de interesse público fosse, portanto coletiva. Contudo, na hipótese de um só indivíduo a postular em juízo a paralização da obra, cria-se um complicador para o tratamento coletivo do caso. A dúvida poderia ser suplantada caso o instrumento de questionamento judicial fosse uma ação popular, considerando sua inclusão no microsistema de processo coletivo. Ocorre que referida situação não responderia ao problema principal, porquanto se resolve o tratamento coletivo pela forma – mecanismo utilizado pela parte para o processo judicial – e não pelo seu conteúdo.

Com efeito, ao se denominar de um processo que envolva e mereça o tratamento como coletivo pela simples razão da via eleita – no exemplo, a ação popular – acaba-se por confundir o continente com o conteúdo: busca-se uma solução formal para o tratamento material. Ora, considerando a pressuposição aqui lançada (fatos *a priori*, direito *a posteriori*), não seria razoável essa conclusão; impõe-se outro tipo de investigação que não o simples tratamento do processo pela via eleita pela parte.

Perceba-se que aqui se problematizou pela perspectiva da propositura da demanda pelo indivíduo (item b) acima), mas a situação pode ser a mesma nos outros casos (itens a) e c) referidos acima), mas sob o enfoque inverso: uma ação civil pública proposta por uma associação ou pelo Ministério Público possuiria sempre o designativo de processo coletivo?

A jurisprudência responde negativamente a essa questão, quando se tornar evidente que o caso em questão atinge esferas de interesses eminentemente individuais:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. RECURSO ESPECIAL. ARTIGO 535 DO CPC. VIOLAÇÃO NÃO CONFIGURADA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. DEFESA DE INTERESSES PREDOMINANTEMENTE INDIVIDUAIS. INEXISTÊNCIA DE INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Não há violação ao artigo 535 do CPC quando a Corte de origem aprecia a questão de maneira fundamentada, apenas não adotando a tese do recorrente. 2. O descumprimento das exigências contidas nos artigos 541, parágrafo único, do CPC e 255,

§ 1º e 2º, do RISTJ impede o conhecimento do recurso especial pela alínea “c” do permissivo constitucional. 3. *O Ministério Público não tem legitimidade ativa para propor ação civil pública na qual busca a suposta defesa de um pequeno grupo de pessoas - no caso, dos associados de um clube, numa óptica predominantemente individual.* 4. *A proteção a um grupo isolado de pessoas, ainda que consumidores, não se confunde com a defesa coletiva de seus interesses. Esta, ao contrário da primeira, é sempre impessoal e tem como objetivo beneficiar a sociedade em sentido amplo. Desse modo, não se aplica à hipótese o disposto nos artigos 81 e 82, I, do CDC.* 5. No caso, descabe cogitar, até mesmo, de interesses individuais homogêneos, isso porque a pleiteada proclamação da nulidade beneficiaria esse pequeno grupo de associados de maneira igual. Além disso, para a proteção dos interesses individuais homogêneos, seria imprescindível a relevância social, o que não está configurada na espécie. 6. Recurso especial provido⁸ (grifo nosso)

Embora o cerne do julgado acima se refira à ilegitimidade do Ministério Público, a conclusão é pela impossibilidade de discussão judicial pela via da ação civil pública por não haver afetação à sociedade de forma geral. Interessa relevar, nesse aspecto, que o julgado também exige a característica da “impessoalidade” para a configuração do tratamento coletivo ao caso. “Impessoal” seria aquilo que não se refere exatamente a alguém em concreto, que não é “pessoalizado”, mais próximo de uma indeterminação ou pela perspectiva mais abstrata que concreta. Isso não significa que a discussão judicial seja apenas teórica, mas que haja uma probabilidade real de se atingir um número de pessoas considerável ou indeterminável.

Contudo, poder-se-ia questionar, nesse sentido, se seria possível a discussão sobre a perspectiva coletiva quando se torna evidente que somente uma pessoa seria atingida no processo judicial. Veja-se, a título de problematização, o seguinte julgado:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. GARANTIA CONSTITUCIONAL À SAÚDE. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. 1. Hipótese em que o Tribunal extinguiu, sem resolução do mérito, por ilegitimidade ativa ad causam, Ação Civil Pública em que o Ministério Público buscava o fornecimento de tratamento médico para pessoa determinada. 2. O art. 127 da Constituição da

8 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, *RESP 200802044963*. HERMAN BENJAMIN, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA: 27.04.2011.

República e a legislação federal que trata das atribuições do Ministério Público o autorizam a agir em *defesa de interesses individuais indisponíveis, nos quais se insere o direito constitucional à vida e à saúde. Precedentes do STJ. 3. Na tutela do direito à vida e à saúde, o Parquet possui legitimidade ativa ad causam para propor Ação Civil Pública, ainda que a demanda beneficie, in concreto, pessoa determinada. 4. Não se cuida de legitimidade em razão de incapacidade ou hipossuficiência do sujeito diretamente interessado, mas de indisponibilidade do direito à saúde de modo geral e do interesse social em que seja garantida assistência a todos os que dela necessitem, o que se mostra plenamente compatível com a finalidade institucional do Ministério Público. 5. Recurso Especial provido.*⁹ (grifo nosso)

Portanto, podem haver processos em que o direito em questão envolva tema de tal repercussão para a sociedade, notadamente pela caracterização do próprio direito enquanto valorado juridicamente, que a demanda passa a ser coletiva. O direito discutido em juízo possui tamanha repercussão que pode acarretar em diversos tipos de interpretações futuras, com impactos na sociedade na forma de aplicação daquele direito. Veja, que no julgado acima referido, a discussão seria pelo direito à saúde que, embora no caso concreto tenha somente uma pessoa em risco, a forma como Estado soluciona o conflito passa a ter uma dimensão extraprocessual, portanto, em conclusão, de interesse de toda sociedade, por conseguinte, coletiva.

Assim, pode-se afirmar que a relevância dos interesses em conflito representaria o designativo de “coletivo” sempre que de alguma forma afetar a sociedade. No exemplo da usina hidrelétrica, a política pública de geração de energia para atender ao interesse da população entraria em conflito, por exemplo, com o interesse de outro grupo populacional ribeirinho. Dada relevância da discussão, o interesse para a sociedade passa a ser de todos, porquanto haverá a necessidade do Estado de decidir entre a concretização de uma política pública ou de garantir os direitos de um grupo. Assim, por duas razões principais há o interesse público presente (portanto, deve ser coletivo): 1º) a política pública seria de geração de energia para toda a população, e caso se decida pela sua não realização, afetará o interesse de todos os membros da sociedade; e 2º) o direito da população ribeirinha em garantir o seu sustento pelo rio onde vai ser construída a usina, que pode ser afetado consideravelmente por ocasião da realização do empreendimento, quiçá até aniquilado esse direito. Perceba-se que a relevância poderia ser ainda mais problematizada se no exemplo fossem aglutinadas variáveis ambientais, conforme acima já se assinalou, mas por

9 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, *RESP 200802765580*. LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJE DATA:01/08/2011.

aquelas duas razões já se poderia perceber se tratar de um processo que lida com o interesse público.

Portanto, embora se possa teoricamente estabelecer uma distinção entre interesse individual e público, na verdade somente o caso concreto pode atestar essa diferenciação, não se podendo afirmar somente com a subsunção do art. 81 Código de Defesa do Consumidor.

Ademais, embora haja delimitação também a respeito da diferenciação entre os interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, a prática revela muita confusão, levando o judiciário a tratar não raras vezes como sinônimas em seus efeitos.

Aduz-se com frequência, com base no Código de Defesa do Consumidor, que pelo fato de algumas situações atingirem os interesses de uma categoria determinada ou determinável de pessoas e outras um número indeterminado de indivíduos para o fim de delimitar o direito em questão. Entender-se-ia como difuso os direitos se os titulares forem indeterminados (como o meio ambiente), como coletivos um grupo determinado ou determinável (como os consumidores de um produto), e direitos individuais homogêneos que decorreriam de uma origem comum.

Explica a doutrina:

O que determina a classificação de um direito como difuso, coletivo, individual puro ou individual homogêneo é o tipo de tutela jurisdicional que se pretende quando se propõe a competente ação judicial. Ou seja, o tipo de pretensão que se deduz em juízo. O mesmo fato pode dar ensejo à pretensão difusa, coletiva e individual. O acidente com o Bateau Mouche IV, que teve lugar no Rio de Janeiro no final de 1988, poderia abrir oportunidade para a propositura de ação individual por uma das vítimas do evento pelos prejuízos que sofreu (direito individual), ação de indenização em favor de todas as vítimas ajuizada por entidade associativa (direito individual homogêneo), ação de obrigação de fazer movida por associação das empresas de turismo que têm interesse na manutenção da boa imagem desse setor na economia (direito coletivo), bem como ação ajuizada pelo Ministério Público, em favor da vida e segurança das pessoas, para que seja interditada a embarcação a fim de se evitarem novos acidentes (direito difuso). Em suma, o tipo de pretensão é que classifica um direito ou interesse como difuso, coletivo ou individual¹⁰

10 NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 114-115.

Contudo, o fato é que na prática a discussão para essa delimitação é, por vezes, tormentosa, e a técnica da subsunção do fato à norma não se torna eficaz.

Em sentido semelhante a essa observação crítica já se pontuou:

A razão prática acima referida pode ser diagnosticada com um exemplo. O caso recente que discutia a legalidade do Exame Nacional do Ensino Médio - ENEM aplicado em 2011 revela o que se está aqui a problematizar. Decisões proferidas pela Justiça Federal do Rio de Janeiro, Ceará e Pernambuco em desfavor União, todas questionando o ENEM, possuíam pontos de contradição que não poderiam ser no plano fático cumpridas, mas que, a prevalecer a redação do Projeto, possuiriam eficácia nacional. Não se está aqui a defender a inaplicabilidade do dispositivo do Projeto (muito pelo contrário, como se verá mais adiante), mas sim procurar demonstrar que mesmo em se tratando de direitos coletivos *stricto sensu* pode haver confusão na prática com os direitos individuais no tocante ao cumprimento da decisão, considerando o critério do alcance subjetivo da coisa julgada *secundum eventum litis*, sem falar do problema prático de se procurar separar no plano concreto os direitos difusos dos coletivos *stricto sensu* ou dos individuais homogêneos (e neste caso, o exemplo do acidente do Bateau Mouche IV não serve mais)¹¹

Essa complexidade real acarreta em tratamento uniforme por parte das decisões judiciais dos efeitos da decisão, de modo a estabelecer premissas para outros julgados que, em tese, não deveriam se aplicar com aquelas categorias de direitos.

Com efeito, nesse sentido, parcela da doutrina procura evidenciar a existência de “ações pseudocoletivas” e “ações pseudoindividuais”, com o intuito de manter os pressupostos de análises já categorizados tanto pela perspectiva individual quanto coletiva. As “ações pseudocoletivas” seriam aquelas onde “inúmeras pretensões singularizadas, especificamente verificadas em relação a cada um dos respectivos titulares do direito”, ao passo que “ações pseudoindividuais” seriam aquelas

[p]romovidas por diversos indivíduos que detenham pretensão de repercussão coletiva do objeto da demanda, ante a sua indivisibilidade. Seria quando diversos indivíduos ajuizassem a mesma finalidade de

11 SANTOS, Diogo Palau Flores dos. Eficácia territorial em face da União no projeto de Lei nº 5.239/2009. *Tutela Jurisdicional Coletiva*. Fredie Didier Jr; José Henrique Mouta; Rodrigo Mazzei. 2 série. Salvador: Juspodivam, 2012. p. 204-205.

pretensão de uma ação coletiva, uma vez que beneficiaria todas as pessoas que se encontrassem em uma mesma situação jurídica¹²

Relativamente à primeira situação, pode-se apontar como exemplo:

[A] ação proposta por um sindicato para beneficiar certo número de trabalhadores para que sejam ressarcidos por prejuízos trazidos pela poluição sonora da fábrica onde trabalham, *verificando-se a situação pessoal de cada um*, como por exemplo, danos a audição verificados apenas em alguns funcionários expostos a mesma quantidade de decibéis. A ação, sob essa análise, apenas seria considerada coletiva se considerasse a responsabilidade da empresa como um todo pelo fato de estar produzindo poluição sonora.¹³

Portanto, somente com o caso concreto é que se pode fazer a distinção entre interesses individuais e coletivos, de modo a precisar a existência do interesse público em questão, e, portanto, um processo coletivo. Em sentido semelhante, também pontifica parcela da doutrina:

Caberá ao magistrado observar se a tutela terá repercussão coletiva ou não, para dar uma resposta à luz do que foi afirmado, com clareza e justiça, não importando se a demanda tem com pano de fundo interesse meramente individuais, pois estes sempre serão considerados obrigatoriamente.

[...]

Mais uma vez caberá ao magistrado corrigir tais erros, propositais ou não, dos operadores do direito, de modo a viabilizar o acesso a justiça. Para isso, seria interessante, e fica a proposta lançada, do aperfeiçoamento da fungibilidade das tutelas coletivas, de modo a que o direito, classificado tecnicamente como coletivo ou individual, seja realizado sob a mais lúdima justiça.¹⁴

Perceba-se que a lógica do sistema jurídico caminha sempre nesse sentido: procurar delimitar do ponto de vista real o tipo de direito que se está a procurar efetivar, coletivo ou individual.

12 SANTANA, Agatha Gonçalves. Ensaio sobre Ações Pseudocoletivas e Pseudoindividuais e a Defesa de um Sistema de Direito Processual Coletivo. *Tutela Jurisdicional Coletiva*. Fredie Didier Jr, José Henrique Mouta; Rodrigo Mazzei. 2 série. Salvador: Juspodivam, 2012. p. 30.

13 Ibidem, p. 28.

14 Ibidem, p. 29-31.

Não é por outra razão que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça permite ao magistrado fazer a correta verificação da representatividade do ente que está a defender os direitos coletivos:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DECRETAÇÃO DE NULIDADE, SEM QUE TENHA HAVIDO PREJUÍZO. DESCABIMENTO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. INEXISTÊNCIA. AÇÃO COLETIVA. RECONHECIMENTO PELO MAGISTRADO, DE OFÍCIO, DE INIDONEIDADE DE ASSOCIAÇÃO, PARA AFASTAMENTO DA PRESUNÇÃO LEGAL DE LEGITIMIDADE. POSSIBILIDADE. É PODER-DEVER DO JUIZ, NA DIREÇÃO DO PROCESSO, PREVENIR OU REPRIMIR QUALQUER ATO CONTRÁRIO À DIGNIDADE DA JUSTIÇA. ADEMAIS, O OUTRO FUNDAMENTO AUTÔNOMO PARA NÃO RECONHECIMENTO DA LEGITIMAÇÃO, POR SER O ESTATUTO DA ASSOCIAÇÃO DESMESURADAMENTE GENÉRICO, POSSUINDO REFERÊNCIA GENÉRICA A MEIO AMBIENTE, CONSUMIDOR, PATRIMÔNIO HISTÓRICO, TAMBÉM PATENTEIA A AUSÊNCIA DE LEGITIMAÇÃO DA AUTORA PARA DEFESA DE INTERESSES COLETIVOS DE CONSUMIDORES.

1. As ações coletivas, em sintonia com o disposto no artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, ao propiciar a facilitação da tutela dos direitos individuais homogêneos dos consumidores, viabilizam otimização da prestação jurisdicional, abrangendo toda uma coletividade atingida em seus direitos.

2. Dessarte, como sabido, a Carta Magna (art. 5º, XXI) trouxe apreciável normativo de prestígio e estímulo às ações coletivas ao estabelecer que as entidades associativas detêm legitimidade para representar judicial e extrajudicialmente seus filiados, sendo que, no tocante à legitimação, “[...] um limite de atuação fica desde logo patenteado: o objeto material da demanda deve ficar circunscrito aos direitos e interesses desses filiados. Um outro limite é imposto pelo interesse de agir da instituição legitimada: sua atuação deve guardar relação com seus fins institucionais” (ZAVASCKI, Teori Albino. Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: RT, 2014, p.162).

3. É digno de realce que, muito embora o anteprojeto da Lei n. 7.347/1985, com inspiração no direito norte-americano, previa a

verificação da representatividade adequada das associações (adequacy of representation), propondo que sua legitimação seria verificada no caso concreto pelo juiz, todavia, essa proposta não prevaleceu, pois o legislador optou por indicar apenas quesitos objetivos (estar constituída há pelo menos 1 (um) ano e incluir, entre 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). Com efeito, o legislador instituiu referidas ações visando tutelar interesses metaindividuais, partindo da premissa de que são, presumivelmente, propostas em prol de interesses sociais relevantes ou, ao menos, de interesse coletivo, por legitimado ativo que se apresenta, ope legis, como representante idôneo do interesse tutelado (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores - Lei 7.347/1985 e legislação complementar. 12 ed. São Paulo: revista dos Tribunais, 2011, p. 430).

4. Por um lado, é bem de ver que, muito embora a presunção iuris et de iure seja inatacável - nenhuma prova em contrário é admitida -, no caso das presunções legais relativas ordinárias se admite prova em contrário. Por outro lado, o art. 125, III, do CPC [correspondente ao art. 139, III, do novo CPC] estabelece que é poder-dever do juiz, na direção do processo, prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça. Com efeito, contanto que não seja exercido de modo a ferir a necessária imparcialidade inerente à magistratura, e sem que decorra de análise eminentemente subjetiva do juiz, ou mesmo de óbice meramente procedimental, é plenamente possível que, excepcionalmente, de modo devidamente fundamentado, o magistrado exerça, mesmo que de ofício, o controle de idoneidade (adequação da representatividade) para aferir/afastar a legitimação ad causam de associação.

5. No caso, a Corte de origem inicialmente alinhavou que “não se quer é a montagem de associações de gaveta, que não floresçam da sociedade civil, apenas para poder litigar em todos os campos com o benefício do artigo 18 da Lei de Ação Civil Pública”; “associações, várias vezes, surgem como máscaras para a criação de fontes arrecadoras, que, sem perigo da sucumbência, buscam indenizações com somatório milionário, mas sem autorização do interessado, que depois é cobrado de honorários”. Dessarte, o Tribunal de origem não reconheceu a legitimidade ad causam da recorrente, apurando que “há dado revelador: supostamente, essa associação autora é composta por muitas pessoas

famosas (fls. 21), mas todas com domicílio em um único local. Apenas isso já mostra indícios de algo que deve ser apurado. Ou tudo é falso, ou se conseguiu autorização verbal dos interessados, que entretanto nem sabem para que lado os interesses de tais entidades voam”.

6. Ademais, o outro fundamento autônomo adotado pela Corte de origem para não reconhecer a legitimação ad causam da demandante, anotando que o estatuto da associação, ora recorrente, é desmesuradamente genérico, possuindo “referência genérica a tudo: meio ambiente, consumidor, patrimônio histórico, e é uma repetição do teor do art.

5º, inciso II, da Lei 7.347/85” tem respaldo em precedente do STJ, assentando que as associações civis necessitam ter finalidades institucionais compatíveis com a defesa do interesse transindividual que pretendam tutelar em juízo. Embora essa finalidade possa ser razoavelmente genérica, “não pode ser, entretanto, desarrazoada, sob pena de admitirmos a criação de uma associação civil para a defesa de qualquer interesse, o que desnaturaria a exigência de representatividade adequada do grupo lesado”. (AgRg no REsp 901.936/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/10/2008, DJe 16/03/2009) 7. Recurso especial não provido.¹⁵

Da mesma forma, a jurisprudência indica a possibilidade de se suspender a tramitação de processos individuais (“microlide”) quando houver relação de interdependência com processos coletivos (“macrolide”), porquanto, em verdade, o processo seria sempre coletivo:

RECURSO REPETITIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AÇÃO COLETIVA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica, nos termos da Lei nº 11.738/08. SUSTAÇÃO DE ANDAMENTO DE AÇÕES INDIVIDUAIS. POSSIBILIDADE.

1. Segundo precedentes deste Superior Tribunal, “ajuizada ação coletiva atinente a macrolide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva”.

¹⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 1213614/RJ. Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 26/10/2015.

(v.g.: REsp 1110549/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, Segunda Seção, julgado em 28/10/2009, DJe 14/12/2009).

2. Este STJ também compreende que o posicionamento exarado no referido REsp 1.110.549/RS, “não nega vigência aos arts. 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor; com os quais se harmoniza, atualizando-lhes a interpretação extraída da potencialidade desses dispositivos legais ante a diretriz legal resultante do disposto no art. 543-C do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei dos Recursos Repetitivos (Lei n. 11.672, de 8.5.2008).

3. Recurso Especial conhecido, mas não provido.¹⁶

Nessa linha de encadeamento de ideias é que o atual Código de Processo Civil (CPC/2015) possui elementos de estabilização do direito a partir de um enfrentamento coletivo de demandas, porquanto, na realidade, se está a evidenciar a existência de processos verdadeiramente coletivos (afetação da sociedade). São exemplos o incidente de assunção de competência, previsto no art. 947 do CPC/2015, e o incidente de resolução de demandas repetitivas, previsto nos arts. 976 a 987 do CPC/2015.

Em que pese essa empreitada pelo aplicador da norma jurídica ao caso concreto não seja de fácil operação, deve-se considerar como um fim a ser perseguido em toda e qualquer demanda como uma forma de correta aplicação e realização de direitos na sociedade.

Em face das afirmações acima, importaria averiguar como as decisões judiciais têm enfrentado o tratamento coletivo. Para tanto, desenvolve-se como metodologia-teste o caso dos juros de mora na tutela coletiva.

3 TENTATIVA DE SISTEMATIZAÇÃO PARA A REALIZAÇÃO DOS DIREITOS: CASO DOS JUROS DE MORA NA TUTELA COLETIVA

Para uma problematização dos pontos lançados nos tópicos anteriores, nesta abordagem final se analisará um julgado do Superior Tribunal de Justiça, de modo a se identificar se em casos de processos coletivos está a ocorrer uma adequada correspondência prática para o fim de realização de direitos.

A razão pela qual se optara pela análise do julgamento abaixo se dá essencialmente por três razões: 1) trata-se de tema onde diversos atores participaram do julgamento, desde entidades representativas de defesa do consumidor, como bancos e pessoas jurídicas de direito público (União

¹⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1353801/RS*. Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/08/2013, DJe 23/08/2013.

e INSS); 2) o caso fora apreciado sob a sistemática de Recurso Especial Repetitivo, na forma do art. 543-C, CPC/73, hoje art. 1036 do CPC/2015; e 3) trabalha com um tema de fácil entendimento que são a incidência de juros em dívidas de valor.

O ponto central da controvérsia se refere à incidência de juros de mora em ações civis públicas para a tutela de direitos individuais homogêneos:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CADERNETA DE POUPANÇA - PLANOS ECONÔMICOS - EXECUÇÃO - JUROS MORATÓRIOS A PARTIR DA DATA DA CITAÇÃO PARA A AÇÃO COLETIVA - VALIDADE - PRETENSÃO A CONTAGEM DESDE A DATA DE CADA CITAÇÃO PARA CADA EXECUÇÃO INDIVIDUAL - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

1.- Admite-se, no sistema de julgamento de Recursos Repetitivos (CPC, art. 543-C, e Resolução STJ 08/98), a definição de tese uniforme, para casos idênticos, da mesma natureza, estabelecendo as mesmas consequências jurídicas, como ocorre relativamente à data de início da fluência de juros moratórios incidentes sobre indenização por perdas em CADERNETAS de Poupança, em decorrência de Planos Econômicos.

2.- A sentença de procedência da Ação Civil Pública de natureza condenatória, condenando o estabelecimento bancário depositário de CADERNETAS de Poupança a indenizar perdas decorrentes de Planos Econômicos, estabelece os limites da obrigação, cujo cumprimento, relativamente a cada um dos titulares individuais das contas bancárias, visa tão-somente a adequar a condenação a idênticas situações jurídicas específicas, não interferindo, portando, na data de início da incidência de juros moratórios, que correm a partir da data da citação para a Ação Civil Pública.

3.- Dispositivos legais que visam à facilitação da defesa de direitos individuais homogêneos, propiciada pelos instrumentos de tutela coletiva, inclusive assegurando a execução individual de condenação em Ação Coletiva, não podem ser interpretados em prejuízo da realização material desses direitos e, ainda, em detrimento da própria finalidade da Ação Coletiva, que é prescindir do ajuizamento individual, e contra a confiança na efetividade da Ação Civil Pública, O que levaria ao incentivo à opção pelo ajuizamento individual e pela judicialização multitudinária, que é de rigor evitar.

3.- Para fins de julgamento de Recurso Representativo de Controvérsia (CPC, art. 543-C, com a redação dada pela Lei 11.418, de 19.12.2006), declara-se consolidada a tese seguinte: “Os juros de mora incidem a partir da citação do devedor na fase de conhecimento da Ação Civil Pública, quando esta se fundar em responsabilidade contratual, se que haja configuração da mora em momento anterior.” 4.- Recurso Especial improvido.¹⁷

Diante desse julgamento, três desdobramentos teóricos podem ser mencionados:

- 1) os juros de mora incidiriam nas ações civis públicas incidiriam a partir da citação na fase de conhecimento, adotando-se a regra geral;
- 2) a tutela coletiva visa a facilitação da defesa dos direitos, não podendo ser interpretada de modo prejudicial ao direito material;
- 3) caso se adotasse o entendimento que os juros incidiriam somente a partir de outro momento, como a fase de execução, haveria um incentivo à litigiosidade individual.

Para uma interpretação do caso acima, na linha do que se propõe o presente trabalho, é necessário se considerar que os “juros moratórios” advém de uma relação jurídica de direito material, conforme se pode perceber através do art. 406 do Código Civil. Nesse aspecto, o que interessa para o efeito de incidência dos juros seria a ocorrência de mora, que, por sua vez, seria um efeito de um fato jurídico:

A mora ou é efeito imediato do fato jurídico, ou do advento do termo, por mínimo que seja, ou da condição [...], ou é efeito da interpelação, ato jurídico *stricto sensu*.

[...]

A discussão em torno da natureza da mora, para se lhe saber o lugar na classificação dos fatos jurídicos, parte de erro essencial: mora é efeito, não é fato ¹⁸

17 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, *REsp 1361800/SP*, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, Rel. p/ Acórdão Ministro SIDNEI BENETI, CORTE ESPECIAL, julgado em 21/05/2014, DJe 14/10/2014.

18 PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo XXIII. 8. ed. Reimpressão. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. p. 122.

Contudo, é corrente se classificar a mora como uma espécie de inadimplemento, considerando-se a sua ocorrência por ocasião de uma hipótese de possibilidade de cumprimento de uma obrigação contratual ou legal:

O gênero do inadimplemento das obrigações é dividido em três espécies: o inadimplemento absoluto, a mora e a violação positiva do contrato.

Enquanto o inadimplemento absoluto conduz à resolução da relação obrigacional (art. 475, CC) em razão da completa impossibilidade de sua manutenção, a mora pode ser caracterizada como o imperfeito cumprimento de uma obrigação, tanto pelo devedor (mora *solvendi*) como pelo credor (mora *accipiendi*). Apesar da falha no adimplemento da obrigação, ela ainda poderá ser cumprida de maneira proveitosa.

Segundo a fórmula tradicionalmente acolhida em nossa legislação (art. 394, CC), a mora não se caracteriza apenas pelo pagamento extemporâneo pelo devedor ou pela recusa injustificada de receber no prazo devido pelo credor. Alternativamente, também dará ensejo à mora o pagamento que contenha uma falha no tocante ao lugar ou à forma previamente estabelecidos. Isso significa que em nosso ordenamento a mora não apenas sinônimo de “demora” no pagamento, mas de qualquer situação em que a prestação não é cumprida de forma exata.

Adverte Judith Martins-Costa que “se toda relação obrigacional está ordenada em função do cumprimento é porque este constitui o momento no qual se realiza o interesse do credor, tendo o devedor realizado a conduta concretamente devida, que é aquela lícita, válida, possível, determinada ou determinável (art. 166, II), útil ao credor (art. 395, parágrafo único, a contrário), conforme ao seu fim econômico-social, à boa-fé e aos bons costumes (art. 187), realizando-se no lugar, tempo e forma que a lei ou a convenção estabelecer (art. 394)”.

[..]

Em suma, o pressuposto básico da mora é a viabilidade do cumprimento da obrigação, pois, apesar dos transtornos, a prestação ainda é possível e útil. Verifica-se apenas a impossibilidade transitória de satisfazer a obrigação. Em qualquer caso, da imperfeição culposa no pagamento decorre o inadimplemento relativo em solver a obrigação.¹⁹

19 FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. v 2, 9. ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Atlas, 2015. p. 497-499.

Portanto, em face da possibilidade de cumprimento adequado de uma obrigação, surgiria a mora, sendo que os juros “moratórios” funcionariam como uma sanção pelo inadimplemento:

Já os juros moratórios traduzem uma indenização para o inadimplemento no cumprimento da obrigação de restituir pelo devedor. Funcionam como uma sanção pelo retardamento culposo no reembolso da soma mutuada. Apartam-se dos juros compensatórios, pois se assentam na ideia de culpa do devedor. Por isso, localizam-se no

Código Civil, ao lado das demais consequências do inadimplemento das obrigações, como as perdas e os danos, cláusula penal e arras.²⁰

Portanto, os juros de mora surgiriam por ocasião da ocorrência do não cumprimento voluntário de uma obrigação, quando a prestação possua condições suficientes de realização.

Essa é a razão principal de se considerar que “ se os honorários forem fixados em quantia certa, os juros moratórios incidirão a partir da data do trânsito em julgado da decisão” (art. 85, §16, CPC/2015), tendo em vista que somente nesse momento processual é que se torna exigível o cumprimento da obrigação que decorre de um resultado do processo, qual seja, a sucumbência. Da mesma forma, considerando que a regra é que o pedido deva ser certo (art. 322, CPC/2015), é que o valor da causa em cobrança de dívidas vencidas deva incluir os juros de mora (art. 292, I, CPC/2015).

Contudo, nas hipóteses onde não se possa precisar com exatidão o acerto da obrigação, e, portanto, quando a prestação poderia ser realizada efetivamente, é que se reconhecem hipóteses que os juros moratórios somente se perfazeriam por ocasião de um procedimento ulterior que de fato conseguisse no plano concreto identificar a extensão e elementos da obrigação. Essa é razão pela qual o sistema jurídico fala de “liquidação de sentença” em decisões judiciais com pedidos genéricos, conforme se verifica no CPC/2015:

Art. 491. Na ação relativa à obrigação de pagar quantia, ainda que formulado pedido genérico, a decisão definirá desde logo a extensão da obrigação, o índice de correção monetária, a taxa de juros, o termo inicial de ambos e a periodicidade da capitalização dos juros, se for o caso, salvo quando:

²⁰ FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 542.

I - não for possível determinar, de modo definitivo, o montante devido;

II - a apuração do valor devido depender da produção de prova de realização demorada ou excessivamente dispendiosa, assim reconhecida na sentença.

§ 1º Nos casos previstos neste artigo, seguir-se-á a apuração do valor devido por liquidação.

§ 2º O disposto no caput também se aplica quando o acórdão alterar a sentença.

Perceba-se que o dispositivo legal acima citado complementa o que dispõe textualmente o art. 95 do Código de Defesa do Consumidor: “Em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados.”

Nesse sentido, também é o posicionamento da doutrina:

Na ação coletiva, até como decorrência natural da repartição da cognição que a caracteriza, a sentença será, necessariamente, genérica. Ela fará juízo apenas sobre o núcleo de homogeneidade dos direitos afirmados na inicial, ou seja, apenas sobre três dos cinco principais elementos da relação jurídica que envolve os direitos subjetivos objeto da controvérsia: o *an debeatur* (= a existência da obrigação do devedor), o *quis debeat* (= a identidade do sujeito passivo da obrigação) e o *quid debeatur* (= a natureza da prestação devida). Tudo o mais (o *cui debeatur* = quem é o titular do direito e o *quantum debeatur* (= qual é a prestação a que especificamente faz jus) é tema a ser enfrentado e decidido por outra sentença, proferida em outra ação, a ação de cumprimento). Por isso se afirma que a sentença na ação coletiva é genérica e, mais, que o seu grau de generalidade é bem mais acentuado que o das sentenças ilíquidas, previstas no art. 475-A do CPC).²¹

Portanto, fazendo-se uma leitura rápida, poder-se-ia chegar à conclusão que a decisão acima mencionada (REsp 1361800/SP), que servira de base para a presente problematização, ignorara as premissas legais aqui referidas.

O problema ainda poderia ser mais complexo se se considerarem outros entendimentos do Superior Tribunal de Justiça, como o seguinte:

²¹ ZAVASCKI, Teori. *Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 165.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL.

POUPANÇA. EXPURGOS. INDENIZAÇÃO POR LESÃO A DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. EXECUÇÃO INDIVIDUAL. JUROS MORATÓRIOS. MORA EX PERSONA.

TERMO INICIAL. CITAÇÃO NA FASE DE LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. As ações civis públicas, em sintonia com o disposto no artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, ao propiciar a facilitação a tutela dos direitos individuais homogêneos dos consumidores, viabilizam otimização da prestação jurisdicional, abrangendo toda uma coletividade atingida em seus direitos, dada a eficácia vinculante das suas sentenças.

2. A sentença de procedência na ação coletiva tendo por causa de pedir danos referentes a direitos individuais homogêneos, nos moldes do disposto no artigo 95 do Código de Defesa do Consumidor, será, em regra, genérica, de modo que depende de superveniente liquidação, não apenas para apuração do quantum *debeatur*, mas também para aferir a titularidade do crédito, por isso denominada pela doutrina “liquidação imprópria”.

3. Com efeito, não merece acolhida a irresignação, pois, nos termos do artigo 219 do Código de Processo Civil e 397 do Código Civil, na hipótese, a mora verifica-se com a citação do devedor, realizada na fase de liquidação de sentença, e não a partir de sua citação na ação civil pública.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.²²

É bem verdade que esse último entendimento fora realizado antes do julgamento do REsp 1361800/SP (que é de 2014), o que poderia levar à conclusão de ausência de pendência de definição pelo STJ. Esse argumento é relativamente verdadeiro, porquanto o entendimento de necessidade de liquidação prévia para posterior eventual incidência de juros moratórios fora o argumento de antítese levado à apreciação pela Corte Especial. Ocorre

²² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, *AgRg no REsp 1348512/DF*, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 04/02/2013.

que, para o fim de que se propõe o presente trabalho, há possibilidade de convivência de ambos entendimentos, porquanto o que se está a ver, em verdade, é uma confusão sobre a correta identificação dos direitos defendidos em processos coletivos, porquanto, a depender da situação que se está a analisar, pode-se chegar a uma ou outra conclusão a respeito dos juros de mora.

Com efeito, conforme acima já se pontuou, não seria a definição prévia de ser um processo coletivo ou individual o balizamento adequado para o fim da correta delimitação do direito discutido em juízo, mas sim efetivamente o seu desdobramento prático; não seria a simples categorização apriorística que definiria o resultado do processo, porquanto se correria o risco de se tratar uma demanda individual como coletiva (“pseudocoletiva”) ou, o contrário, uma coletiva como individual (“pseudoindividual”), com resultados desastrosos a quem seria beneficiado pela decisão e também toda a sociedade destinatária da norma jurídica, porquanto se entraria num grau de instabilidade de aplicação normativa com repercussões gerais ao próprio sistema normativo.

O caso utilizado como análise utilizara a incidência dos juros de mora, obviamente em situações que importariam alguma espécie de dívida de valor, ou seja, a obrigação objeto de litígio traria como prestação a ser cumprida um pagamento representativo de valor.

Nesse caso, haveria a incidência de juros moratórios desde à fase de conhecimento se desde a origem se pudesse identificar os beneficiários de uma eventual decisão de procedência dos pedidos. Aqui não se falaria em potencialidade de identificação, mas sim em certeza, pois, conforme se disse antes, se a prestação por alguma razão não possa ser cumprida não haveria que se falar em mora; assim, para efeito da incidência de juros, somente torna-se admissível sua incidência com a correta e precisa identificação dos credores, e não a sua potencialidade. Se o caso concreto não possa de antemão identificar com precisão os beneficiários do resultado positivo do processo, aqui se estaria a necessitar do acerto da obrigação, o que somente se torna possível, com um procedimento ulterior (denominado de “liquidação de sentença”, que na verdade seria uma liquidação da obrigação).

Perceba-se que essas conclusões vão ao encontro das mesmas razões que norteiam a concepções legais e doutrinárias dos processos coletivos: por vezes haverá uma outra situação em um mesmo processo, independentemente da hipótese do direito coletivo, mas se pode afirmar que em regra a diferenciação prática recairá essencialmente em direitos individuais homogêneos, considerando as premissas de identificação dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*.

Com efeito, nos interesses ou direitos difusos (CDC, art. 103, I) a coisa julgada material ocorre tanto plano coletivo quanto no individual se o pedido for julgado procedente (*erga omnes*). Assim, se for possível a identificação desde logo dos beneficiários pelo resultado positivo do processo, a delimitação do direito se tornaria evidente *prima facie*, e, portanto, eventuais juros de mora incidiriam para os identificados desde a fase de conhecimento. Na hipótese de os pedidos forem julgados improcedentes com análise probatória, somente se forma a coisa julgada no plano coletivo e, ainda assim, limitada às provas efetivamente utilizadas nos autos (*secundum eventum probationis*), contudo, se a hipótese de improcedência for por insuficiência de provas, não se forma a coisa julgada material tanto no plano individual quanto no coletivo, admitindo-se uma nova propositura de demanda coletiva com base em novas provas. Nesse aspecto é que entra em cena a concepção de que não se deve prejudicar os indivíduos pelo agir coletivo, considerando a concepção mais ampla de definição de direitos difusos, que em regra não permitem identificar os eventuais beneficiários.

No caso de interesse ou direito coletivo (CDC, art. 103, II), a coisa julgada material ocorre também no plano coletivo e individual se o pedido for julgado procedente (*ultra partes*), e da mesma forma, se for possível a identificação desde logo dos beneficiários pelo resultado positivo do processo, eventuais juros de mora incidiriam para os identificados desde a fase de conhecimento, caso contrário somente após a respectiva delimitação. A concepção de que não se deve prejudicar os indivíduos pelo agir coletivo também deve ser considerada aqui, o que induziria à conclusão que se os pedidos fossem julgados improcedentes com análise probatória, opera-se a coisa julgada material somente no plano coletivo, ao passo que se fossem julgados improcedentes por insuficiência de provas, não se forma a coisa julgada material no plano coletivo e individual.

Por fim, nos interesses ou direitos individuais homogêneos (CDC, art. 103, III) ocorre a coisa julgada material no plano coletivo e individual se o pedido for julgado procedente (*erga omnes*) e, em regra, os beneficiários do resultado positivo do processo são identificados *prima facie*, contudo, caso não haja a possibilidade de exigência de adimplemento da obrigação por falta de elementos identificadores, somente após a fase de liquidação da obrigação é que se poderia falar de mora. Veja-se que se os pedidos forem julgados improcedentes (seja pela insuficiência de provas ou não), forma-se a coisa julgada material no plano coletivo (impedindo a nova propositura da demanda coletiva, ainda que se aluda à existência de novas provas) e no plano individual.

Reconhece-se que há grande discussão na doutrina sobre esse último aspecto, no sentido de se defender que somente haveria a coisa julgada material de improcedência dos pedidos para os interessados que tivessem

intervindo no processo coletivo como assistentes litisconsorciais, conforme a previsão do art. 103, §2º do CDC.

Contudo, entende-se que de fato poderá haver coisa julgada material mesmo em desfavor do indivíduo caso este possa ser identificado *ab initio*. Essa afirmação encontra esteio justamente na interpretação *a contrario sensu* do regramento que afirma que a condenação deveria ser genérica (art. 95, CDC). Ora, somente é possível se falar de condenação genérica se não for possível se identificar todos os elementos da relação obrigacional, podendo-se configurar paradoxal uma obrigatoriedade de exceção à regra de delimitação precisa dos pedidos: a generalidade da condenação em processos coletivos somente se torna imperativo quando não houver elementos que possam identificar *a priori* os beneficiários, devendo-se interpretar o texto do art. 95 como uma regra de utilidade à resolução ótima de conflitos.

Com efeito, o magistrado fazendo uma análise de custo/benefício na empreitada de identificação de todos os eventuais beneficiários por uma eventual sentença judicial é que perceberá a adoção de uma condenação que faça o acertamento da obrigação. Contudo, a correta delimitação dos elementos da obrigação, a depender de como se realizaria a produção probatória, o tempo do processo ou os instrumentos de pesquisa postos à disposição do aparato judicial, desencadeará como decorrência num resultado líquido ou genérico. A regra legal parte do pressuposto da impossibilidade de se precisar sempre esses aspectos e, por uma questão de utilidade, adota a generalidade como prática; entretanto, não é porque a regra legal parta desse pressuposto que não se possa admitir hipóteses de delimitação de todos os contornos da obrigação, entre os quais a precisa identificação dos beneficiários do resultado do processo.

Deve-se levar em consideração, porém, que caso isso ocorra (identificação), os desdobramentos práticos repercutiram desde que essa situação se verifique: no caso da mora, caso haja a correta identificação e precisão das pessoas com todas as suas características não haveria razão para que não houvesse a incidência de juros moratórios. Nesse sentido é que deve ser entendido o REsp 1361800/SP. Por outro lado, caso não se possa precisar todos os contornos da obrigação decorrente do resultado do processo, opera-se o regramento do art. 95 do CDC, o que, por via de consequência, a mora somente se tornaria presente após o procedimento de liquidação.

Dessa forma, sempre que houver a possibilidade de identificação precisa dos destinatários do resultado do processo o resultado poderá variar a depender de se considerar hipótese de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Assim, considerando-se o exemplo hipotético lançado na introdução deste trabalho, somente a situação fática poderá

apontar pela existência ou não de “litispendência” entre uma ação proposta por uma entidade associativa e uma demanda individual.

Com efeito, se for possível identificar *a priori* os beneficiários de eventual procedência dos pedidos de uma demanda coletiva, a decorrência lógica é que no plano material haverá resultados práticos em um eventual litígio instaurado por esses mesmos beneficiários. Na verdade, aqui se poderia se revisitar a definição de litispendência na abordagem clássica de identificação formal da tríplice identidade dos elementos da demanda (partes, pedido ou objeto e causa de pedir), de modo a considerar essencialmente quem seriam de fato as pessoas atingidas pela eventual decisão judicial. Perceba-se que, por essa ótica, o resultado variará conforme o tipo de direito que se está em jogo: difuso, coletivo e individual homogêneo, conforme as conclusões lançadas acima a respeito da extensão da coisa julgada em casos de procedência ou improcedência dos pedidos. Assim, em verdade, a depender da configuração real dos direitos postos em discussão, haverá repercussão na esfera material da relação jurídica dos atingidos pela decisão judicial, o que, por conseguinte, ensejará de igual forma desdobramentos impactantes para a incidência de outras normas jurídicas, como o reconhecimento de extinção da obrigação, possibilidade ou não de sobreposição de direitos, reconhecimento de obrigações adversas - como o dever de indenizar por vedação de locupletamento ilícito -, etc, tudo a variar conforme: (a) mérito da demanda em direitos difusos ou coletivos com procedência dos pedidos com instrução probatória suficiente; (b) mérito da demanda em direitos individuais homogêneos com procedência ou improcedência dos pedidos com suficiência ou não de provas.

Perceba-se que a argumentação utilizada pelo Superior Tribunal de Justiça de incentivo à litigiosidade por demandas individuais aqui também é considerada, só que numa dimensão *lata*, porquanto não seria pelo fato de correta interpretação dos direitos em discussão em juízo que haverá um incentivo à litigiosidade, mas sim pela desconsideração da pressuposição de que os processos judiciais servem como instrumento de aplicação normativa no contexto social como forma adequada de solução de conflitos, sejam individuais ou coletivos; em outros termos, a aplicação do direito na sua exata medida não pode representar em uma consequência hipotética para o incentivo à litigiosidade, tendo em vista que as razões por que referida circunstância ocorre perpassam por diversos fatores que funcionam como uma estrutura de incentivos na sociedade, entre as quais está a formação jurídica para o embate, patrimonialismo cultural e, o ponto que interessa a este trabalho, a instabilidade jurídica.

Veja-se, ainda na percepção de se considerar efetivamente o direito em discussão e não o formalismo do procedimento, é que se pode expandir

a análise para outras situações não usuais, bastando levar sempre em consideração se está a tratar de uma defesa coletiva de direitos, que podem ser tanto individuais quanto coletivos, ou de uma defesa somente de direitos coletivos.

Com efeito, as considerações acima de ações “pseudoindividuais” e “pseudocoletivas” devem nortear o corte necessário para o enfrentamento da discussão judicial, considerando-se, por conseguinte, a relevância dos interesses em conflito. A depender do impacto que a demanda gera para a sociedade, o adequado tratamento seria considerar como se “coletivo” fosse a demanda, independentemente da pré-configuração processual. Obviamente que, nessa empreitada, deve-se garantir sempre às partes em juízo a possibilidade de influência argumentativa no *iter* procedimental a ser adotado, considerando a necessidade de respeito ao contraditório (art. 7º, CPC/2015). Essa consideração é relevante, porquanto as regras procedimentais não são valores *per si* mas revelam o exercício do poder do Estado para resolução coativa do Direito, o que, deve sempre possuir legitimidade independente da resposta. Portanto, na hipótese de adequação ou modificação de procedimento pelo juiz para fazer face ao direito discutido importa sempre em se dar ciência às partes para que tenham condições efetivas de participação e eventual objeção do rito.

Da mesma forma, seria razoável se admitir que mesmo em situações de fase executivas, como o caso de execução de acórdãos do Tribunal de Contas da União, é que os juros de mora poderiam incidir desde o momento de determinação efetiva da ocorrência do evento danoso e não simplesmente do momento em que o causador do prejuízo tivesse ciência efetiva do valor a ser ressarcido. Nesse caso, o “beneficiário” do resultado da demanda seria toda a coletividade, e, a ciência, seria o momento definido pela decisão da Corte de Contas da averiguação do ilícito. Nesse sentido, aplicar-se-ia o entendimento padrão constante na Súmula nº 54 do STJ, que estatui “Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso em caso de responsabilidade extracontratual”, que encontra esteio no art. 398 do Código Civil: “Nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou”.

Em sentido relativamente semelhante ao aqui defendido, é o que se extrai de trecho da sentença proferida nos autos do processo nº 0042358-48.2010.4.01.3400:

Como visto, o termo a quo dos juros moratórios é a data do evento danoso e não a notificação do trânsito em julgado do acórdão do TCU, pois, nesse caso, a decisão do TCU tem efeito declaratório quanto ao reconhecimento de um ilícito pretérito.

Tanto assim que o art. 11, inciso III, da Instrução Normativa TCU no 35/2000, dispõe que, em caso de desvio de dinheiro público, os consectários legais devem incidir a contar da data da transferência dos recursos, nos seguintes termos:

Art. 11. Os débitos serão atualizados monetariamente e acrescidos de encargos legais, nos termos da legislação vigente, observados as seguintes diretrizes:

III - quando se tratar de omissão no dever de prestar contas, de não aplicação, de glosa ou impugnação de despesa, ou de desvio de recursos repassados mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos similares, bem como à conta de subvenções, auxílio e contribuições, a incidência de juros de mora e de atualização monetária dar-se-á a contar da data do crédito na respectiva conta- corrente bancária ou do recebimento do recurso.

Portanto, não há falar em juros de mora a partir da ciência do trânsito em julgado do acórdão do TCU. No caso em mesa, foi estipulado o mês de maio de 1999 como termo a quo dos juros moratórios e correção monetária. Isso ocorreu porque esse foi o mês em que foi proferido o Acórdão no 45/1999-TCU-Plenário, julgando a Tomada de Contas no 001.025/1998-8. (grifos do original) ²³

Ressalte-se que a linha de argumentação desenvolvida nesse trabalho se fundamenta essencialmente na identificação do direito tutelado, que deve necessariamente se delimitar nos casos de direitos difusos, coletivos *stricto sensu* ou individuais homogêneos. Nos casos específicos de ressarcimento ao patrimônio público, admitindo-se que se trata de ato originariamente ilícito, há regra específica de incidência dos juros moratórios a partir da ocorrência do ato ilícito. Portanto, há uma pressuposição legal de que a ocorrência do fato torna objetivamente conhecidos os prejudicados que deverão ter a recomposição efetivada, embora se reconheça que a regra da delimitação individualizada não se aplicaria. A razão para tanto é que, essencialmente, a ocorrência de ato ilícito que se traduz em um prejuízo ao patrimônio público, configura verdadeiro direito difuso, que torna possível a identificação desde logo dos “beneficiários” pelo resultado positivo do processo, mas não da fase do accertamento do direito, e sim de momento ulterior e independente do litígio processual, em face de previsão normativa específica (art. 398, CC).

²³ BRASIL, Tribunal Regional Federal da 1ª Região, *Embargos à Execução* 0042358-48.2010.4.01.3400, Juiz Federal Substituto Umberto Paulini, 19ª Vara Federal, DJE DATA: 17.06.2016.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 1ª Região, *Embargos à Execução* 0042358-48.2010.4.01.3400, Juiz Federal Substituto Umberto Paulini, 19ª Vara Federal, DJE DATA: 17.06.2016.

_____, Superior Tribunal de Justiça, *RESP 200802044963*, HERMAN BENJAMIN, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA: 27.04.2011.

_____, Superior Tribunal de Justiça, *RESP 200802765580*, LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJE DATA:01/08/2011.

_____, Superior Tribunal de Justiça, *AgRg no REsp 1348512/DF*, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 04/02/2013.

_____, Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1353801/RS*, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/08/2013, DJe 23/08/2013.

_____, Superior Tribunal de Justiça, *REsp 1361800/SP*, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, Rel. p/ Acórdão Ministro SIDNEI BENETI, CORTE ESPECIAL, julgado em 21/05/2014, DJe 14/10/2014.

_____, Superior Tribunal de Justiça, *REsp 1213614/RJ*, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 26/10/2015.

BUZAID, Alfredo. *Considerações sobre o mandado de segurança coletivo*. São Paulo: Saraiva, 1992.

COSTA, Henrique Araújo; COSTA, Alexandre Araújo. O conceito de ação: da teoria clássica à moderna. Continuidade ou ruptura? *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*. Belo Horizonte, ano 19, n. 76, out./dez. 2011.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. v. 4, 3. ed. revista e ampliada. Salvador: JusPodivm, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. v. 2, 9. ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Atlas, 2015.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Interesses coletivos e difusos*. Doutrinas Essenciais do Direito Ambiental. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Um estudo sobre a legitimação para agir no direito processual civil: a legitimação ordinária do autor popular. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 76, n. 618, p. 34, abr. 1987.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo XXIII. 8. ed. Reimpressão. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

ROJAS, Ricardo Manuel. *Análisis Económico e Institucional del Orden Jurídico*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004.

SANTANA, Agatha Gonçalves. Ensaio sobre Ações Pseudocoletivas e Pseudoindividuais e a Defesa de um Sistema de Direito Processual Coletivo. In: *Tutela Jurisdicional Coletiva*. Fredie Didier Jr.; José Henrique Mouta; Rodrigo Mazzei. 2. série. Salvador: Juspodivam, 2012.

SANTOS, Diogo Palau Flores dos. Eficácia territorial em face da União no projeto de Lei nº 5.239/2009. In: *Tutela Jurisdicional Coletiva*. Fredie Didier Jr.; José Henrique Mouta; Rodrigo Mazzei. 2. série. Salvador: Juspodivam, 2012.

ZAVASCKI, Teori. *Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

O NOVO CPC E A RECOMPOSIÇÃO DO ERÁRIO: POR UMA TUTELA EXECUTIVA MAIS EFETIVA

*THE NEW CPC AND THE RECOMPOSITION OF THE
TREASURY: FOR A MORE EFFECTIVE EXECUTIVE
PROTECTION*

*Priscila Leal Seifert¹
Advogada da União na*

Procuradoria Seccional no Município de Niterói/RJ – Grupo Pró - Ativo

SUMÁRIO: Introdução; 1 O Novo CPC e a petição inicial do processo de execução; 1.1 A competência; 1.2 A concentração da pretensão executória na petição inicial; 1.3 As medidas urgentes; 1.3.1 O arresto *on line* de bens; 1.4 A indicação de bens penhoráveis; 1.5 A averbação premonitória; 1.6 A inscrição do nome do devedor nos cadastros de inadimplentes; 1.7 A citação; 1.8 O pagamento parcelado na forma do art. 916; 2 A penhora: o velho e tormentoso caminho rumo a satisfação da obrigação; 2.1 A responsabilidade patrimonial do devedor; 2.2 Penhora e impenhorabilidades; 2.3 As modificações da penhora; 2.4 A averbação da penhora no registro

¹ Doutora em Ciências Jurídicas e Sociológicas pelo programa de pós-graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Professora palestrante de direito processual civil da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito – Rio).

competente; 2.5 Modalidades de penhora; 2.5.1. Penhora *on line*; 2.5.2. Penhora de créditos; 2.5.3. Penhora de quotas ou de ações em sociedades personificadas; 2.5.4. Penhora de empresa, de outros estabelecimentos e de semoventes; 2.5.5. Penhora de faturamento de empresa; 2.5.6. Penhora de frutos e de rendimentos de coisa móvel ou imóvel; 3. O poder de efetivação do juiz no processo de execução autônomo; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: Considerada o calcanhar de Aquiles do direito processual, a tutela executiva brasileira apresenta dois graves problemas: localizar o devedor e encontrar bens penhoráveis. Sem o devedor e sem os bens penhoráveis, o processo não avança, a justiça não é realizada e o credor experimenta aquele gosto amargo na boca do “ganhei, mas não levei”. Pautado nessas premissas, o presente artigo tem como finalidade analisar as principais inovações trazidas pelo novo CPC para viabilizar a execução fundamentada em título executivo extrajudicial, em especial, as regras que se referem à propositura da ação e à busca de bens penhoráveis. Aborda-se também a extensão do poder de efetivação do juiz nesse tipo de processo. Busca-se, sobretudo, apresentar as ferramentas trazidas pelo novo CPC de modo que se possa promover uma tutela executiva de recomposição do erário mais efetiva.

PALAVRAS-CHAVE: Processo de Execução. Petição Inicial. Penhora. Poder-Geral de Efetivação. Novo Código de Processo Civil.

ABSTRACT: Considered the Achilles heel of procedural law, the Brazilian executive protection presents two serious problems: locate the debtor and find attachable assets. Without the debtor and without attachable assets, the process does not advance, justice is not done and the lender experiences that bitter taste in the mouth “won, but did not take.” Guided by these premises, this article aims to analyze the main innovations brought by the new CPC to enable the execution based on an extrajudicial execution, in particular the rules relate to the filing and search attachable assets. It also covers the extension of the power of execution of the judge in this type of process. Seeks, above all, provide the tools brought by the new CPC so that you can promote an executive trusteeship recomposition of the most effective treasury.

KEYWORDS: Execution Process. The Application. Attachment; Power-General of Execution. New Civil Procedure Code.

INTRODUÇÃO

No momento em que este artigo estiver sendo lido, o volume de processos em tramitação na Justiça brasileira já estará muito além da cifra dos 100 milhões. Segundo os dados do “Justiça em Números”, relatório anual elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, em 2014 circularam pelos tribunais brasileiros 99,7 milhões de processo. Desse montante, 42.585.813 estavam na fase de execução (cumprimento de sentença ou processo de execução autônomo)².

Considerada o calcanhar de Aquiles do direito processual, a tutela executiva brasileira apresenta dois graves problemas: localizar o devedor e encontrar bens penhoráveis. Sem o devedor e sem os bens penhoráveis, o processo não avança, a justiça não é realizada e o credor experimenta aquele gosto amargo na boca do “ganhei, mas não levei”.

Pautado nessas premissas, o presente estudo tem como finalidade analisar as principais inovações trazidas pelo novo CPC para viabilizar a execução fundamentada em título executivo extrajudicial, em especial, as regras que se referem à propositura da ação e à busca de bens penhoráveis. Aborda-se ainda, como forma remanescente de dar cumprimento a obrigação de pagar quantia certa contida na execução, o poder de efetivação do juiz nesse tipo de processo.

Considerado pela doutrina a técnica de aceleração de pagamento mais poderosa trazida pelo novo CPC, o poder de efetivação do juiz, nos moldes estabelecidos pelo art. 139, IV, foi amplamente generalizado, de modo que incumbe ao magistrado determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento da ordem judicial, independente da natureza da obrigação contida no título executivo. Interessa nos, em particular, investigar como esse poder se manifesta na execução que tenha por finalidade recompor o erário.

Para dar conta de toda essa complexidade, o presente artigo é dividido em três partes. A primeira cuida da abrangência de petição inicial executiva. Partimos do pressuposto que a concentração de todos os pedidos referentes à utilização das técnicas executivas na petição inicial da execução pode acelerar o tramite do processo executivo, de modo a conferir-lhe maior efetividade.

A segunda parte aborda, sobretudo, o início da fase satisfativa da execução, caracterizada pela penhora e os seus respectivos incidentes. Neste tópico, apresentaremos, de maneira descritiva, as novas regras

2 Relatório Justiça em Números 2015 (ano-base 2014). Disponível em: <www.cnj.jus.br>. Acesso em: 30. set. 2016.

estabelecidas para a realização da penhora, bem como as que se referem às suas eventuais modificações.

Por fim, a terceira e última parte se ocupa com o poder de efetivação do juiz. Procura-se demonstrar que o estabelecido no art. 139, IV, do CPC/2015 guarda total compatibilidade com as regras do processo de execução autônomo. Nessa direção, o poder de efetivação do juiz, na nossa visão, seria um recurso remanescente na busca da efetividade nas execuções movidas para recomposição do erário.

1 O NOVO CPC E A PETIÇÃO INICIAL DO PROCESSO DE EXECUÇÃO

Iniciaremos o presente tópico tecendo considerações de ordem geral acerca da petição inicial do processo de execução e o modo através do qual ela se encontra delineada no novo CPC.

Após tecermos tais considerações, prosseguiremos analisando, em tópicos separados, os eventuais pedidos que podem estar contidos, desde logo, na peça de inauguração do processo de execução. Defendemos a tese de que concentrar os pedidos pertinentes à utilização das técnicas executivas na petição inicial é uma forma de aproveitar ao máximo a peça vestibular, bem como de dar um ritmo mais acelerado à tutela executiva de recomposição do erário.

A petição inicial do processo de execução é objeto dos arts.798 a 802 do novo CPC. Cuida-se de instrumento processual que exterioriza a manifestação do exequente de obter tutela jurisdicional do Estado-juiz consistente na satisfação de seu direito retratado no título executivo.

A peça é dirigida ao juízo competente e, deverá, como exige o inciso I do art. 798, ser instruída com: (i) o título executivo extrajudicial; (ii) o demonstrativo do débito atualizado até a data de propositura da ação, quando se tratar de execução por quantia certa; (iii) a prova de que se verificou a condição ou ocorreu o termo, se for o caso. (iv) a prova, se for o caso, de que se adimpliu a contraprestação que lhe corresponde ou que lhe assegura o cumprimento, se o executado não for obrigado a satisfazer a sua prestação senão mediante a contraprestação do exequente.

Cabe ao exequente também indicar, em conformidade com o inciso II do art.798: (i) a espécie de execução de sua preferência, quando por mais de um modo puder ser realizada; (ii) os nomes completos do exequente e do executado e seus números de inscrição no CPF ou no CNPJ, conforme o caso e, em se tratando de execução por quantia certa; e (iii) os bens suscetíveis de penhora, sempre que possível.

Em complementação, o art. 799 impõe ao exequente a intimação de determinadas pessoas que mantêm algum vínculo de direito real com

os bens sujeito à execução ou a serem indicados para a penhora. É o caso do credor pignoratício, hipotecário, anticrético ou fiduciário (inciso I); do titular do usufruto, uso ou habitação (inciso II); do promitente comprador (inciso III); do promitente vendedor (inciso IV); do superficiário, enfiteuta ou concessionário (inciso V) e do proprietário do terreno com regime de direito de superfície, enfiteuse, concessão de uso especial para fins de moradia ou concessão de direito real de uso (inciso VI).

Também deverá ser intimada a sociedade no caso em que o exequente pretende penhorar quotas sociais ou ações para que seus sócios possam exercer o direito de preferência com relação a eventual adjudicação (art.799, VII).

É importante ressaltar que a execução promovida pela Fazenda Pública não guarda diferenças da execução promovida pelo particular. A Fazenda está sujeita às regras especiais apenas quando é ré no processo de execução (art. 910 do CPC), por conta da disciplina constitucional de pagamento de seus débitos (art. 100 da CRFB). No entanto, quando é autora submete-se as regras comuns (arts.827 a 909 do CPC).

1.1 A competência

A competência para as execuções de títulos extrajudiciais rege-se, em geral, pelas regras estabelecidas no art. 781 do CPC. Cuida-se de competência relativa, de cunho territorial e, dessa forma, dinâmica. Assim, a demanda executiva poderá ser proposta no foro do domicílio do executado; de eleição constante no título; de situação dos bens a ela sujeitos (art. 781, I) ou ainda no foro ou lugar em que se praticou o ato ou que ocorreu o fato que deu origem ao título, mesmo que nele não mais resida o executado (art.781, V).

Na hipótese em que exista vários devedores ou que o devedor possua vários domicílios, a execução poderá ser proposta em qualquer desses domicílios (ou no domicílio de qualquer dos devedores) a critério do exequente (art. 781, II e IV).

Por fim, se o domicílio do executado for incerto, faculta-se o ajuizamento da execução no domicílio do exequente (art.781, III).

1.2 A concentração da pretensão executória na petição inicial

Feitas essas observações iniciais, passaremos a cuidar dos pedidos, que, como já ressaltamos, devem estar concentrados, desde logo, na petição inicial para fins de conferir maior efetividade ao processo de execução.

Tais pedidos referem-se, sobretudo, às técnicas executivas, também conhecidas como medidas de apoio, de natureza coercitiva, que têm como finalidade pressionar o executado a cumprir a obrigação de pagar, através de restrições ao seu patrimônio ou ao seu direito de crédito. Particularmente, caso o exequente tenha ciência da situação patrimonial do executado, deve-se, desde logo, indicar quais seriam os bens penhoráveis do executado. Neste caso, a petição inicial executória também deverá conter pedidos que irão se referir às técnicas sub-rogatórias de apreensão de bens.

1.3 As medidas urgentes

De acordo com o art. 799, VIII, ao formular a petição inicial da execução, o exequente poderá requerer medidas urgentes. São assim classificadas as medidas cautelares ou as antecipatórias da tutela jurisdicional que poderão ser concedidas desde que satisfeitos os pressupostos estabelecidos no art. 300 do CPC (*fumus bonis iuris e periculum in mora*).

Ao tecer os comentários a respeito do referido artigo, MATTOS³ enumera os seguintes exemplos que ensejariam o requerimento de medidas urgentes na execução: alienação antecipada de bens penhorados sujeitos à depreciação ou deterioração; arrombamento de cofres particulares em instituições financeiras ou não; substituição do depositário se houver risco de dano ao bem constrito; congelamento do crédito em conta corrente bancária do executado; averbação no prontuário do veículo de vedação da transferência; arresto, sequestro ou a busca e apreensão de bens (art. 299 do CPC).

1.3.1 O arresto *on line* de bens *inaudita*

O Código de 2015 não trouxe, de maneira expressa, a possibilidade de requerer na petição inicial executória a realização do arresto *on line* de bens do executado *inaudita altera parte*, ou seja, independente da realização da citação. No entanto, a medida tem sido admitida pelo Superior Tribunal de Justiça, que tem aplicado para concretizá-la o regramento da penhora *on line*. Nessa direção, vale a pena conferir o teor da ementa do REsp 1.338.032-SP, cujo relator foi o Ministro Sidnei Beneti, julgado em 5/11/2013. Confira-se:

3 MATTOS, Sérgio. In: WAMBLER, Teresa Arruda Alvim (et.al), coordenadores. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ARRESTO EXECUTIVO POR MEIO ELETRÔNICO.

Será admissível o arresto de bens penhoráveis na modalidade *online* quando não localizado o executado para citação em execução de título extrajudicial. De fato, a própria legislação prevê medidas judiciais constritivas passíveis de deferimento sem a prévia oitiva da parte contrária. Entre elas, encontra-se o arresto executivo de que trata o art. 653 do CPC (também denominado de prévio ou pré-penhora): medida de caráter cautelar consubstanciada na constrição de bens do executado com o intuito de assegurar a efetivação de futura penhora somente na hipótese dele (o executado) não ter sido encontrado para citação. Dessa forma, em interpretação conjunta dos arts. 653 e 654 do CPC, no processo de execução de título extrajudicial, não sendo localizado o devedor, será cabível o arresto de seus bens. Não ocorrendo o pagamento após a citação do executado, que inclusive poderá ser ficta, a medida constritiva será convertida em penhora. Ante o exposto, infere-se que a citação é condição apenas para a conversão do arresto em penhora, e não para a constrição nos termos do art. 653 do CPC. Assim, mostra-se plenamente viável o arresto na hipótese em que tenha sido frustrada, em execução de título extrajudicial, a tentativa de citação do executado. Quanto à possibilidade de arresto na modalidade *on-line*, mediante bloqueio eletrônico de valores, a Primeira Seção do STJ (REsp 1.184.765-PA, julgado conforme o rito do art. 543-C do CPC) entendeu possível a realização de arresto prévio por meio eletrônico (sistema Bacen-Jud) no âmbito da execução fiscal. Em que pese o referido precedente ter sido firmado à luz da Lei 6.830/1980 (Lei de Execuções Fiscais), é inevitável a aplicação desse entendimento também às execuções de títulos extrajudiciais reguladas pelo CPC, tendo em vista os ideais de celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Por consequência, aplica-se, por analogia, ao arresto executivo em análise o art. 655-A do CPC, permitindo, portanto, o arresto na modalidade *on-line*. Por fim, ressalta-se, evidentemente, que o arresto executivo realizado por meio eletrônico não poderá recair sobre bens impenhoráveis (art. 649 do CPC e Lei 8.009/1990), por sua natureza de pré-penhora e considerando o disposto no art. 821 do CPC (dispositivo legal que se refere ao arresto cautelar): “Aplicam-se ao arresto as disposições referentes à penhora, não alteradas na presente Seção”. REsp 1.338.032-SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 5/11/2013.

No caso concreto que gerou o precedente em questão, o executado não foi encontrado pelo oficial de justiça, inviabilizando, dessa forma, a realização da citação. De acordo com o estabelecido na ementa do precedente, a citação do devedor é considerada condição para a conversão do arresto em penhora, mas *não* é condição para a constrição de bens nos termos do art. 653 do CPC/1973⁴, ou seja, a citação não é condição para o arresto executivo, também conhecido como pré-penhora. Partindo dessa premissa, restou assentada a possibilidade de realização do arresto executivo independente da prévia citação e, especialmente, quando o devedor não for localizado.

Com o advento do novo Código de Processo Civil, pode-se afirmar que o art. 830⁵ é o sucessor do art. 653 do CPC de 1973 e que o art. 854, por sua vez, é o sucessor do art.655-A do CPC de 1973. Nessa direção, a *ratio* utilizada para admitir o arresto *on line* de bens, independente da presença do *periculum in mora*, continua a mesma.

Em realidade o novo Código de Processo Civil fomenta a *realização da medida inaudita altera parte*, pois, diferente do Código de 1973⁶, ao dispor sobre a penhora *on line*, estabelece expressamente que a efetivação da medida se dará sem a prévia ciência do executado. Vejamos o teor do *caput* do artigo 854:

Art. 854. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, *sem dar ciência prévia do ato ao executado*, determinará às instituições financeiras, por meio de sistema eletrônico gerido pela autoridade supervisora do sistema financeiro nacional, que torne indisponíveis ativos financeiros existentes em nome do executado, limitando-se a indisponibilidade ao valor indicado na execução (grifos nossos).

A princípio, a expressão “sem dar ciência prévia do ato ao executado” autoriza o pedido de penhora *on line* de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira independente da realização da citação, pois a medida de indisponibilidade somente é convertida em penhora, com a transferência do montante indisponível para conta vinculada ao juízo da execução, diante da ausência ou mediante a

4 Art. 653 do CPC/1973: “O oficial de justiça, não encontrando o devedor, arrestar-lhe-á tantos bens quanto bastem para garantir a execução. Parágrafo único: Nos 10 (dez) dias seguintes à efetivação do arresto, o oficial de justiça procurará o devedor três vezes em dias distintos; não o encontrando, certificará o ocorrido”.

5 Art. 830 do CPC/2015: “Se o oficial de justiça não encontrar o executado, arrestar-lhe-á tantos bens quanto bastem para garantir a execução. §1º Nos 10 (dez) dias seguintes à efetivação do arresto, o oficial de justiça procurará o executado 2 (duas) vezes em dias distintos e, havendo suspeita de ocultação, realizará a citação com hora certa, certificando pormenorizadamente o ocorrido. §2º Incumbe ao exequente requerer a citação por edital, uma vez frustradas a pessoal e a com hora certa. §3º Aperfeiçoada a citação e transcorrido o prazo de pagamento, o arresto converter-se-á em penhora, independentemente de termo”.

6 Art. 655-A do CPC/1973: “Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução”.

rejeição da defesa apresentada pelo executado (§5º, do art. 854), ou seja, antes citação do executado teríamos apenas o arresto executivo.

Assim, é possível pedir o arresto *on line* de bens do executado *inaudita altera parte*, como medida inaugural da execução, independente da presença do *periculum in mora*. É importante registrar que a referida medida, não se limita apenas ao dinheiro em depósito ou em aplicação financeira, mas pode ser utilizada para tornar indisponíveis outros bens do executado, como veículos automotores e imóveis.

1.4 Indicação de bens penhoráveis

De acordo com o novo Código de Processo Civil, sempre que possível, deve o credor indicar na petição inicial a relação dos bens do devedor que podem ser penhorados (art.798, II). Essa faculdade tem uma relevância prática enorme, pois demonstra ao juízo, logo de início, a viabilidade da execução proposta.

No entanto, caso o credor não tenha feito tal indicação, caberá ao oficial de justiça penhorar os bens que encontrar. Se o oficial de justiça, por sua vez, não for bem-sucedido na busca de bens, o juiz (de ofício ou a requerimento), nos moldes estabelecidos no art. 774, V, deve intimar o devedor para indicar quais são e onde estão os bens sujeitos à penhora e os respectivos valores, exibindo a prova de sua propriedade e, se for o caso, a certidão negativa de ônus.

Com efeito, o devedor é a parte que tem melhor condições de expor sua situação patrimonial. Logo, para uma aplicação eficaz, o referido dispositivo deve ser conjugado com o estabelecido no art. 373, §1º, que cuida da distribuição dinâmica do ônus da prova. Nessa direção, nos parece correto atribuir ao executado, e não mais ao exequente, o ônus de juntar aos autos as respectivas certidões negativas de bens.

Uma vez intimado, a ausência injustificada de indicação de bens penhoráveis é considerada conduta atentatória a dignidade da justiça e pode ensejar a fixação de multa não superior a vinte por cento do valor atualizado do débito em execução, a qual será revertida em proveito do exequente, exigível nos próprios autos do processo, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material (parágrafo único do art. 774).

1.5 Averbação premonitória

O art. 799, IX, do CPC de 2015, dispõe que o exequente pode “proceder à averbação em registro público do ato da propositura da execução e dos atos de constrição realizados, para conhecimento de terceiros”.

A possibilidade de registro público do ato da propositura da execução, também conhecida como averbação premonitória, é disciplinada pelo art. 828 do CPC/2015. Cuida-se de uma possibilidade abrangente. É possível averbar a existência do processo executivo no registro de imóveis, de veículos ou de outros bens sujeitos a penhora, arresto ou indisponibilidade, presumindo-se em fraude à execução a alienação ou oneração de bens efetuadas após a averbação.

Não se trata de uma possibilidade inédita no sistema processual brasileiro, pois a averbação premonitória estava prevista no art. 615-A do revogado Código de Processo Civil de 1973 (introduzida pela Lei nº 11.382/2006)⁷. Não obstante, o novo Código inovou o procedimento ao exigir que a execução seja admitida pelo juiz como condição para realizar a referida averbação.

Nessa direção, diferente da sistemática anterior, não basta a pura e simples distribuição da execução, mas também a admissão da execução, de modo que se mostra necessária a prévia manifestação judicial para a realização da averbação. Na visão BALDISSERA e PEGORARO JUNIOR⁸, nesse aspecto, o novo CPC retrocedeu, pois pode haver um intervalo temporal significativo entre a distribuição e a admissão da petição inicial, de modo a prejudicar a efetividade medida.

A consequência da não realização da averbação pode ser drástica no que se refere à eficácia de eventual constrição sobre os bens imóveis do devedor, pois, de acordo com o teor do art. 54 da Lei nº 13.097/2015, os negócios jurídicos celebrados sobre imóveis são considerados eficazes em relação aos atos jurídicos precedentes na ausência de averbações nos respectivos registros. Confira-se:

Art. 54. Os negócios jurídicos que tenham por fim constituir, transferir ou modificar direitos reais sobre imóveis são eficazes em relação a atos jurídicos precedentes, nas hipóteses em que não tenham sido registradas ou averbadas na matrícula do imóvel as seguintes informações:

I - registro de citação de ações reais ou pessoais reipersecutórias;

II - averbação, por solicitação do interessado, de constrição judicial, do ajuizamento de ação de execução ou de fase de cumprimento de sentença, procedendo-se nos termos previstos do art. 615-A da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil;

7 Art. 615-A do CPC/1973: “O exequente poderá, no ato de distribuição, obter certidão comprobatória de ajuizamento da execução, com identificação das partes e valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, registro de veículos ou registros de outros bens sujeitos à penhora ou arresto”.

8 BALDISSERA Leonardo; PEGORARO JUNIOR, Paulo Roberto. Averbação premonitória no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, ano 41, v. 256, jun. 2016. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.129.

III-averbação de restrição administrativa ou convencional ao gozo de direitos registrados, de indisponibilidades ou de outros ônus quando previstos em lei; e.

IV-averbação, mediante decisão judicial, da existência de outro tipo de ação cujos resultados ou responsabilidade patrimonial possam reduzir seu proprietário à insolvência, nos termos do inciso II do art. 593 da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil.

Parágrafo único: Não poderão ser opostas situações jurídicas não constantes da matrícula no Registro de Imóveis, inclusive para fins de evicção, ao terceiro de boa-fé que adquirir ou receber em garantia direitos reais sobre o imóvel, ressalvados o disposto nos arts. 129 e 130 da Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, e as hipóteses de aquisição e extinção da propriedade que independam de registro de título de imóvel.

Segundo BRUSCHI, NOLASCO e AMADEO⁹, o referido dispositivo adota o princípio da concentração dos atos da matrícula no registro de imóveis, que impõe que se traga para a matrícula tudo o quanto se refere ao imóvel, para que haja o conhecimento de todos.

A averbação da existência da execução nos registros competentes tem por objetivo tutelar o processo executivo contra a fraude à execução – dando maior publicidade a terceiros acerca da execução contra o titular do bem a ser alienado – que torna presumida a fraude se a alienação for efetuada após a averbação.¹⁰

Assim, de maneira sintética, podemos afirmar que o instituto se preza a duas finalidades: prova inequívoca de fraude à execução na hipótese de ocorrer alienação do bem pelo devedor e a publicidade transmitida a futuros adquirentes de boa-fé.

Para BALDISSERA e PEGORARO JUNIOR¹¹, trata-se de importante ferramenta para caracterização da fraude, uma vez que se revela um mecanismo suficientemente ágil e idôneo para que o credor assegure e garanta a execução e, sobretudo, afaste a alegação do terceiro de boa-fé no caso de venda fraudulenta.

O legislador fixou o prazo de 10 dias para que o credor comunique ao juízo que eventual realização de averbação da admissão da execução no registro do imóvel, mas deixou de estipular as consequências caso a comunicação não seja realizada (§1º, art. 828 do CPC/2015).

9 BRUSCHI, Gilberto Gomes; NOLASCO, Rita Dias; AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real. *Fraudes Patrimoniais e a Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de Processo Civil de 2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

10 MATTOS, Sérgio. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (et.al), coordenadores. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1843.

11 BALDISSERA; PEGORARO JUNIOR. op. cit., p.122.

Na hipótese de averbação excessiva, o ônus de providenciar o respectivo cancelamento é do credor (§2º, art. 828). Se o exequente deixar de providenciar o cancelamento, o juiz, de ofício ou a requerimento, poderá fazê-lo (§3º, art.828). Nesse caso, eventual responsabilidade por danos é do credor. Tais danos serão apurados em autos apartados (§5º, art.828). Dessa forma, o juízo não poderá fixar de plano o valor da indenização.

1.6 A inscrição do nome do devedor nos cadastros de inadimplentes

A possibilidade de inclusão do nome do executado nos cadastros de inadimplentes está entre as principais novidades trazidas pelo CPC/2015 no âmbito do processo de execução. Nessa direção, vale a pena conferir o teor dos parágrafos 3º, 4º e 5º do art. 782:

Art. 782. Não dispondo a lei de modo diverso, o juiz determinará os atos executivos, e o oficial de justiça os cumprirá.

[...]

§ 3º A requerimento da parte, o juiz pode determinar a inclusão do nome do executado em cadastro de inadimplentes.

§ 4º A inscrição será cancelada imediatamente se for efetuado o pagamento, se for garantida a execução ou se a execução for extinta por qualquer outro motivo.

§ 5º O disposto nos §§ 3º e 4º aplica-se à execução definitiva de título judicial.

De acordo com o §3º, do referido artigo, é necessário que haja requerimento da parte para a efetivação da medida. Realizado o requerimento, o juiz poderá determinar a inclusão do nome do executado em cadastro de inadimplentes. Logo, a incumbência de realizar a inscrição é do Poder Judiciário. Nessa direção, são os ensinamentos de MENDES e SILVA: “adotar a necessidade de requerimento da parte permitirá ao julgador analisar se a medida é ou não a mais adequada, de forma que a execução seja feita observando-se a forma menos gravosa ao executado”¹².

12 MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Ponchmann da. A Efetivação do crédito e os cadastros de inadimplentes no NCPC: breves notas. In: *Novo CPC doutrina selecionada*. v. 5: execução. DIDIER JR, Fredie. Coord. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 521-533.

O legislador, porém, não exclui a possibilidade de que o próprio credor ou o órgão de proteção ao crédito realize a inclusão. Nessa mesma direção é o enunciado nº 190 do FPPC¹³.

A medida exige cautela pois poderá gerar responsabilidade civil caso a inscrição seja realizada de forma indevida¹⁴. Se a existência da dívida for uma informação de domínio público, é desnecessária a ciência do devedor de que seu nome está “sujo”.¹⁵ Nesse caso, não há que se falar em responsabilidade.

O § 4º, do art. 782, por sua vez, enumera as três hipóteses nas quais a inscrição do devedor nos cadastros de inadimplentes será cancelada. Nessa direção, o juízo deverá providenciar o cancelamento se for efetuado o pagamento da dívida, se for garantida a execução ou se esta for extinta por qualquer outro motivo.

É preciso ressaltar que de acordo com o teor do Enunciado nº 385 da Súmula de jurisprudência dominante do STJ¹⁶, eventual atraso no cancelamento da inscrição pode gerar responsabilidade. Segundo entendimento da referida Corte, firmado sob a égide do Código anterior, efetivamente paga a dívida, o credor teria o prazo de 5 (cinco) dias para requerer a exclusão do nome do devedor do cadastro de inadimplentes¹⁷.

1.7 A citação do executado

De acordo com o novo Código de Processo Civil, no processo de execução autônomo, o devedor é citado para pagar a dívida no prazo de 3 (três) dias, contado da própria citação (art. 829). No caso de integral pagamento, o valor dos honorários advocatícios, fixados pelo juiz ao despachar a inicial, será reduzido pela metade (art.827, §1º).

O CPC de 2015 não mais exclui a possibilidade de realização da citação por via postal no processo de execução (art. 247). Assim, temos que, no âmbito do processo de execução, a citação pode se dar de duas formas: por oficial de justiça e por via postal.

No entanto, ao tratar do assunto nas regras atinentes à execução, o legislador refere-se expressamente ao mandado de citação e ao oficial de justiça que deverá cumpri-lo (art.829, §1º). Tal referência de acordo com

13 Enunciado nº 190 do FPPC: “O art.782, §3º, não veda a inclusão extrajudicial do nome do executado em cadastros de inadimplentes, pelo credor ou diretamente pelo órgão de proteção ao crédito”.

14 STJ. *AgRg no REsp 748474/SP*, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Terceira Turma. DJ: 10/6/2014.

15 TJ. REsp 640.790/RN, Rel. Min. Fernando Gonçalves. Decisão Monocrática. Dj: 14/03/2005.

16 Enunciado nº 385 do STJ: “Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito de cancelamento”.

17 STJ. REsp 1.149.998-RS, Rel. Min. Nancy Andrighi. Terceira Turma. DJ: 7/8/2012.

ASSIS¹⁸, significa que o legislador dá preferência à citação por oficial de justiça uma vez que os atos de apreensão deverão ser praticados desde do início da execução, salvo se houver pagamento.

Para BUENO¹⁹, o exequente pode requerer que a citação seja feita tanto pelo correio como por oficial de justiça, nos moldes autorizados pelo art. 247. No entanto, o referido autor alerta que dada a dinâmica da execução por quantia certa, a citação pelo correio pode se mostrar menos eficiente que aquela feita por oficial de justiça, uma vez que, de acordo com o §1º do art. 829, caberá ao oficial de justiça, verificando o não pagamento no prazo de três dias, penhorar e avaliar os bens do executado, quicá indicados na própria petição inicial pelo exequente (art.798, II, c).

Segundo o art. 830, se o oficial de justiça não encontrar o executado, realizará o arresto de bens, tanto quanto bastem para garantir a execução. Nos 10 (dez) dias seguintes a efetivação do arresto, o oficial de justiça procurará o executado 2 (duas) vezes em dias distintos e, havendo suspeita de ocultação, realizará a citação com hora certa.

1.8 O pagamento parcelado na forma do art. 916

Conforme vimos no tópico anterior, no processo de execução autônomo, o devedor é citado para pagar a dívida no prazo de 3 (três) dias, contado da citação (art. 829). No caso de integral pagamento nesse prazo, o valor dos honorários advocatícios, fixados pelo juiz ao despachar a inicial, será reduzido pela metade (art.827, §1º). Cuida-se de regra de natureza indutiva, que visa estimular o cumprimento da obrigação com um prêmio, qual seja, a redução pela metade do valor dos honorários advocatícios.

Além desse prêmio, o legislador também procurou estimular o pagamento no processo de execução autônomo possibilitando ao devedor que pague o valor da dívida de maneira parcelada, desde que preenchidos os requisitos previstos no art. 916 do CPC/2015. Confira-se o teor do referido artigo:

Art.916. No prazo para os embargos, reconhecendo o crédito do exequente e comprovando o depósito de trinta por cento do valor em execução, acrescido de custas e de honorários de advogado, o executado poderá requerer que lhe seja permitido pagar o restante

18 ASSIS, Carlos Augusto de; MATTOS, Sérgio. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (et.al), coordenadores. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1916.

19 BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei nº 13.105, de 16.03.2015*. São Paulo: Saraiva, 2015.

em até 6 (seis) parcelas mensais, acrescidas de correção monetária e de juros de um por cento ao mês.

Assim, para obter o parcelamento o executado deve reconhecer o crédito do exequente, e, conseqüentemente, renunciar ao seu direito de opor embargos à execução. O novo Código não deixa margens de dúvidas quanto a esta exigência, pois o §6º do art. 916 deixa claro que a opção pelo parcelamento importa renúncia ao direito de opor embargos.

Além de reconhecer o crédito do exequente, o devedor deve comprovar o depósito de 30% do valor da execução, mais custas e honorários advocatícios, bem como pagar o restante da dívida em seis parcelas mensais, que serão corrigidas monetariamente, além de serem acrescidas de juros de 1% ao mês.

Para BASTOS²⁰, o parcelamento consiste em um direito potestativo do executado, cujo exercício exige que ele reconheça o crédito postulado pelo exequente e que deposite uma parcela da dívida, mais custas e honorários advocatícios. Ao torna-lo incontroverso o executado estará impedido de opor embargos sobre o mérito da execução e sobre os atos processuais já praticados. Todos esses atos são de vantagem para o credor e de ônus para o devedor. A contrapartida dada ao executado é exatamente o parcelamento²¹. Na mesma direção encontra-se o pensamento de BUENO, que considera o instituto “uma verdadeira moratória concedida em favor do executado”²².

Exatamente por ser vantajoso para o autor da execução, acreditamos que é de grande relevância prática que conste na petição inicial a possibilidade de pagamento parcelado nos moldes estabelecidos pelo art. 916, de modo que o executado seja citado para pagar em três dias, à vista, ou, em 15 dias, de maneira parcelada, desde que preencha os requisitos previstos no art. 916.

De acordo com o § 1º do art. 916, o exequente será intimado para manifestar-se sobre o parcelamento, no prazo de cinco dias (cf. §3º do art. 218).

O § 2º, por sua vez, prevê que enquanto não apreciado o requerimento, o executado terá que depositar as parcelas vincendas, facultando ao exequente seu levantamento. Dessa forma, o dispositivo ameniza o problema do retardamento do levantamento da quantia pelo exequente.

20 BASTOS, Antônio Adonias Aguiar. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (et.al) coordenadores. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.2142.

21 Ibidem.

22 BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei nº 13.105, de 16.03.2015. São Paulo: Saraiva, 2015.

Segundo BASTOS²³, ao determinar que o réu efetue o depósito das parcelas vincendas mesmo na pendência da análise judicial de sua proposta, o dispositivo contribui, em certa medida, para o adiantamento do pagamento. Uma vez deferido o requerimento o autor poderá sacar todo o valor já depositado, que pode consistir apenas no depósito inicial ou também nas prestações subsequentes.

Por fim, os §§ 3º e 4º afirmam que uma vez deferida a proposta pelo juiz o exequente estará autorizado a levantar a quantia depositada e serão suspensos os atos executivos.

Por outro lado, caso a proposta seja indeferida, o juiz dará prosseguimento aos atos satisfativos, mantendo o depósito, que será convertido em penhora nos termos do § 4º do art. 916. Se o depósito não for suficiente para a total garantia do juízo, deve-se proceder à complementação da penhora.

2 A PENHORA – O VELHO E TORMENTOSO CAMINHO RUMO À SATISFAÇÃO DA OBRIGAÇÃO

Vistas as principais inovações trazidas pelo novo Código de Processo Civil no que se refere a petição inicial do processo de execução, passaremos ao estudo da fase de constrição patrimonial.

O presente percurso se justifica porque caso as medidas coercitivas e indutivas não estimulem o executado a cumprir a obrigação, o processo terá que prosseguir por um velho e tormentoso caminho, qual seja, o da penhora de bens.

Antes, porém, de cuidar da penhora e suas particularidades, é necessário tecer breves comentários a respeito da responsabilidade patrimonial do executado.

2.1 A responsabilidade patrimonial do devedor

Responsabilidade patrimonial, de forma bastante resumida, consiste na situação de ampla sujeição do patrimônio do devedor, independente de sua vontade, à execução. Assim, temos que todos os bens do devedor, em regra, respondem por suas obrigações, inclusive os que ingressarem em seu patrimônio depois de contraída a dívida ou iniciada a execução (art.789 do CPC/2015).

A responsabilidade patrimonial, no entanto, deixa de ter tamanha abrangência após a realização da penhora. Explica-se: com a penhora, -

²³ BASTOS, Antônio Adonias Aguiar. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim... (et.al), coordenadores. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.2044.

ato judicial de constrição patrimonial -, a responsabilidade, antes ampla, passa a recair sobre o bem penhorado.

Iniciada a fase de penhora, é de suma importância para que o processo de execução cumpra sua finalidade, encontrar bens penhoráveis. Sem bens, a execução é deserta, a obrigação não é satisfeita e a justiça tão pouco é realizada.

Ademais, com o novo CPC, restou positivada, no âmbito do processo civil, a possibilidade de extinção da execução pelo reconhecimento da prescrição intercorrente, causada pela ausência de bens penhoráveis (§§1º a 5 do art. 921 c/c art.924, V).

Pautados pela gravidade do problema, prosseguiremos através de um estudo descritivo acerca penhora e das impenhorabilidades, do procedimento para modificação dos bens penhoráveis, das regras pertinentes ao registro da penhora, e, por fim, das modalidades de penhora previstas no novo Código de Processo Civil.

2.2 Da penhora e da impenhorabilidade

O art. 831 estabelece que a penhora recairá sobre os bens suficientes “para o pagamento do principal atualizado, dos juros, das custas e dos honorários advocatícios”. Não será efetivada a penhora de bens cujo valor não for suficiente para o pagamento das custas da execução (art.836, caput).

Ocorre que nem todo bem é passível de penhora. Nessa direção, o art. 832 veda a penhora de bens que a lei considere impenhoráveis ou inalienáveis, assim considerados os elencados no art.833 e na legislação extravagante, como, por exemplo, na Lei nº 8.009/1990, que trata do bem de família.

O rol do art. 833, que dispõe sobre os bens impenhoráveis, guarda semelhanças ao disposto no antigo art. 649, do Código de 1973. Há, contudo, três alterações importantes: (i) foi excluído o adjetivo “absoluta” da impenhorabilidade regulada pelo dispositivo, uma vez que é possível, de maneira excepcional, a constrição patrimonial; (ii) foi incluído no rol da impenhorabilidade o crédito oriundo de alienação de unidades imobiliárias, sob regime de incorporação imobiliária, vinculado à execução da obra (inciso XII, do art. 833); (iii) por fim, foram ampliadas as hipóteses de exceções a impenhorabilidade. Nessa direção, vale a pena conferir a redação dos §§ 1º a 3º, do art. 833:

§ 1º A impenhorabilidade não é oponível à execução de dívida relativa ao próprio bem, inclusive àquela contraída para sua aquisição.

§ 2º O disposto nos incisos IV e X do caput não se aplica à hipóteses de penhora para o pagamento de prestação alimentícia, independentemente

de sua origem, bem como às importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários mínimos mensais, devendo a contrição observar o disposto no art.528, § 8º, e no art.529,§3º.

§ 3º Incluem-se na impenhorabilidade prevista no inciso V do caput os equipamentos, os implementos e as máquinas agrícolas pertencentes a pessoa física ou a empresa individual produtora rural, exceto quando tais bens tenham sido objeto de financiamento e estejam vinculados em garantia a negócio jurídico ou quando respondam por dívida de natureza alimentar, trabalhista ou previdenciária.

A primeira alteração é, segundo a nossa concepção, a mais importante, pois se não há mais impenhorabilidades absolutas, pode-se afirmar que todo bem é relativamente impenhorável. De modo que, salvo prova em contrário, o exequente pode, dada as peculiaridades do caso concreto, indicar à penhora um bem que conste no rol do art. 833.

Considerando que o objetivo da impenhorabilidade, seja ela qual for, é resguardar o mínimo existencial à sobrevivência digna do executado, defendemos a tese de que ela deve ser analisada casuisticamente, sob pena da análise generalista frustrar a execução e garantir o luxo, o lucro e a ostentação do executado em detrimento da realização do direito do exequente.

Nessa direção, é o entendimento de REDONDO²⁴, que ao interpretar o § 2º do art. 833, defende que a parcela da remuneração que superar 50 salários mínimos é plenamente penhorável, ao passo que a quantia abaixo desse valor é, em regra, relativamente impenhorável, podendo, contudo, ser excepcionalmente penhorada, mediante decisão analiticamente fundamentada, a luz dos princípios da proporcionalidade, dignidade da pessoa humana, efetividade da execução e maior interesse do exequente.

Segue-se ainda que, de acordo com o Superior Tribunal de Justiça, a impenhorabilidade de bem constante do art.833 do novo CPC, com exceção da impenhorabilidade do imóvel residencial, consagrada na Lei n. 8.009/90, é de interesse privado, devendo ser arguida pelo interessado no primeiro momento em que lhe couber falar nos autos, sob pena de preclusão²⁵.

24 REDONDO, Bruno Garcia. Impenhorabilidade de bens no CPC/2015 e as hipóteses da remuneração do executado. In: *Novo CPC doutrina selecionada*. v.5: execução. DIDIER JR, Fredie. Coord. Salvador: Juspodivm, 2016.

25 STJ, EAREsp 223.196/RS, CE., rel. Min. Eliana Calmon, rel.p.ac. Min. Nancy Andriighi, j.20.11.2013, DJ: 18/2/2014.

2.3 Modificações na penhora

O bem penhorado pode ser alvo de substituição tanto a pedido do executado (art. 847), como do exequente (art.848). Nessa direção, o executado terá 10 dias após a intimação da penhora para requerer a substituição do bem, devendo demonstrar, na oportunidade, que a nova penhora lhe será menos onerosa e que a substituição não trará prejuízo ao exequente (art.847, caput).

O art.848 disciplina a hipótese de o exequente ou executado requererem a substituição do bem penhorado, nas seguintes hipóteses: (i) se a penhora não obedecer a ordem legal; (ii) não incidir sobre os bens designados em lei, contrato ou ato judicial para o pagamento; (iii) havendo bens no foro da execução, outros tiverem sido penhorados; (iv) havendo bens livres, ela tiver recaído sobre bens já penhorados ou objeto de gravame; (v) quando incidir sobre bens de baixa liquidez; (vi) fracassar a tentativa de alienação judicial do bem; ou, ainda, (vii) quando o executado não indicar o valor dos bens ou omitir qualquer das indicações a ele impostas.

O parágrafo único do art. 848 admite também a substituição do bem penhorado por fiança bancária ou por seguro-garantia judicial. Nesse caso, o valor a ser ofertado não pode ser inferior ao débito constante da inicial acrescido de 30%. O § 2º do art. 835, a esse respeito, determina a equiparação da fiança bancária e o seguro-garantia judicial à penhora em dinheiro.

Requerida a substituição da penhora por uma parte, a outra será ouvida no prazo de três dias (art.853, caput), decidindo o magistrado em seguida (art. 853, parágrafo único). Aceita a substituição, será lavrado novo termo (art.849), observando as exigências do art. 838.

É importante registrar que se o executado alegar que está sofrendo medida executiva mais gravosa, para que sua alegação seja acolhida, ele terá que indicar outros meios mais eficazes e menos onerosos para satisfação do débito, sob pena de manutenção dos atos executivos já determinados, de acordo com o estabelecido no parágrafo único do art. 805.

2.4 Averbação no registro competente

Cabe ao exequente averbar o arresto ou a penhora no registro competente, basta, para tanto, a apresentação ao oficial do cartório de cópia do auto ou termo respectivo, independente de qualquer ordem ou determinação judicial. Nesse sentido, confira-se o teor do art. 844:

Art. 844. Para presunção absoluta de conhecimento por terceiros, cabe ao exequente providenciar a averbação do arresto ou da penhora no

registro competente, mediante apresentação de cópia do auto ou do termo, independentemente de mandado judicial.

A finalidade do ato é a de dar publicidade da constrição a terceiros, razão pela qual o dispositivo refere-se à “presunção absoluta de conhecimentos por terceiros”, a afastar, conseqüentemente, eventual alegação de boa-fé do adquirente do bem arrestado ou penhorado (art.792, III).

Caso o bem penhorado tenha sido alienado e o exequente deixe de averbar o arresto ou a penhora no registro competente, o exequente poderá pleitear o desfazimento do negócio jurídico e reaver o bem, mas, para tanto, será preciso que ele comprove que o terceiro tinha ciência da constrição. Essa é a posição que tem predominado no Superior Tribunal de Justiça desde o julgamento do REsp nº 956.943/PR, submetido ao rito dos recursos repetitivos (art.543 do CPC/1973)²⁶.

Ao contrário do entendimento consolidado na Egrégia Corte, com esteio na interpretação extensiva do estabelecido no §2º do art. 792 do CPC/2015, BRUSCHI, NOLASCO E AMADEU²⁷ têm defendido que, deve ser imposto ao terceiro adquirente que demonstre a sua boa-fé mediante a exibição das certidões pertinentes, obtidas no domicílio do vendedor e no local onde se encontra o bem, tanto no caso dos bens não sujeitos à registro, como no caso dos bens que, a princípio, estão sujeitos à registro, mas cujo registro não fora realizado. Na visão dos referidos autores, ao ampliar a interpretação do §2º do art. 792, para aplica-lo em qualquer caso de falta de registro, protege-se proporcionalmente tanto o terceiro adquirente como o exequente.

Para BRUSCHI, NOLASCO E AMADEU²⁸, a prova da efetiva ciência da demanda por parte do terceiro adquirente a ser demonstrada pelo credor é demasiadamente difícil, configura-se, em verdade, em prova de caráter diabólico. Nessa direção, deve ser aplicada na espécie a distribuição dinâmica do ônus da prova, prevista no §1º do art. 373, do CPC/2015, segundo a qual o ônus da prova incumbe a quem tem melhores condições de produzi-la. De modo que, deve ser o terceiro quem deve demonstrar ter adotado as cautelas básicas no momento de aquisição bem, apresentando as certidões dos distribuidores forenses do local da situação do imóvel e do domicílio do alienante.

26 STJ, REsp 956.943/PR, Rel. Min. Nancy Andriighi, Rel. Para acórdão Min. João Otávio de Noronha. DJ: 20/08/2014.

27 BRUSCHI, Gilberto; NOLASCO, Rita Dias; AMADEU, Rodolfo da Costa Manso Real. *Fraudes Patrimoniais e a Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de Processo Civil de 2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

28 Ibidem.

2.5 Modalidades de penhora

2.5.1 A Penhora *on line*

A penhora *on-line* é, na linguagem do novo CPC, a penhora de dinheiro em depósito ou em qualquer aplicação financeira, com o auxílio de um sistema eletrônico *on-line*, pela internet.

Para efetivar a penhora *on-line* não há necessidade de exaurir as diligências na busca de bens. A penhora *on-line* pode (e deve) ser a tentativa inaugural de constrição. Como vimos, o antigo direito de indicar bens à penhora, agora é dever de indica-los, sempre que houver dificuldade de identificação pelo credor (art.774, V). A prioridade da indicação é do exequente (art. 524, VII e 798, II, c). Por tais razões, a penhora *on-line* não se subordina ao prévio exaurimento de diligências tendentes a localizar outros bens.

Questão interessante, trazida pela novo CPC, é saber se há possibilidade de realização da penhora *on line inaudita altera parte*. Como já ressaltamos ao tratar do arresto *on line*, nos parece que sim, pois no *caput* do art. 854 consta que o juiz determinará a penhora *on-line* às instituições financeiras sem dar ciência prévia do ato ao executado.

Ainda de acordo com o *caput* do art. 854, a indisponibilidade está limitada ao valor indicado na execução. O § 1 confere ao juiz o prazo de 24 horas a contar da resposta da instituição financeira para, de ofício, determinar o cancelamento de eventual indisponibilidade excessiva. A instituição financeira também tem o prazo limite de 24 horas para cumprir a ordem judicial de cancelamento.

Outra novidade trazida pelo novo CPC é a possibilidade de apresentação de defesa do executado no prazo de 5 dias, contados da intimação da indisponibilidade realizada através do advogado constituído nos autos, ou, na ausência, de forma pessoal, ao executado. Não há aqui intimação da penhora, mas apenas da indisponibilidade. E essa indisponibilidade somente se converterá em penhora, define o § 5º, depois de decidida (ou não apresentada) a defesa do executado. Cuida-se de uma mini-defesa limitada às matérias relacionadas à impenhorabilidade ou ao excesso de indisponibilidade (§3º do art. 856).

2.5.2 Penhora de créditos

Tanto no CPC de 1973 (art.672), como no CPC de 2015 (art.856), a penhora de créditos é tratada como modalidade especial. Isso porque, diferente da penhora comum, nela há a participação de um terceiro estranho

à lide. Esse terceiro é devedor do executado. Por conta desse aspecto, a penhora de créditos também é chamada de penhora de “mão própria”²⁹.

A penhora se efetiva com a mera intimação do devedor do executado, para que não pague ao seu credor (executado) e do próprio executado, para que não pratique atos de disposição do crédito.

Interessante espécie de penhora de créditos é a penhora de “recebíveis”, ou seja, de créditos futuros, como por exemplo os que o executado teria a receber da operadora de cartões de crédito pelas transações realizadas por seus clientes através desse meio. São bens inatingíveis, porém passíveis de constrição judicial uma vez que se equiparam ao dinheiro.

O art. 856 trata da penhora de crédito representado por título de crédito. A regra é a de que a penhora se efetive pela apreensão do próprio título. O novo CPC não trouxe qualquer modificação acerca da realização desse tipo de penhora de crédito.

O art. 857 regula a penhora em direito e ação do executado com sub-rogação decorrente daquele ato em favor do exequente até a satisfação de seu crédito (caput), sem prejuízo, caso necessário, de prosseguir na execução original (§ 2º). Caso o exequente prefira, pode requerer a alienação judicial do direito penhorado desde que o faça no prazo de dez dias após a realização da penhora (§1º).

O art. 858 ocupa-se com as hipóteses de penhora dos frutos e se realiza da mesma maneira que a penhora do crédito principal. Em outras palavras, deve ser efetivada a dupla intimação prevista no art. 855.

Já o art. 859 cuida da hipótese em que a penhora recai sobre direito a prestação ou restituição da coisa determinada. Nesse caso, cabe ao executado, intimado, depositar a coisa no vencimento, correndo a execução sobre ela.

Para finalizar o presente tópico, o art. 860 cuida da conhecida “penhora no rosto dos autos”. Nessa hipótese, o exequente ao detectar a existência de processo em que há litígio acerca de crédito a favor do executado, requer ao juiz a expedição de ofício ao juízo que tramita o respectivo processo. O conteúdo do requerimento é no sentido de que o juízo oficiado faça registrar nos autos a existência e valor do crédito, reservando-o em favor do exequente do processo originário para a hipótese futura de adjudicação ou alienação de bens em favor do Executado. Neste caso, não se aplica o procedimento do art.671, sendo este especial em relação aquele.

Aplica-se a penhora de crédito litigioso o estabelecido no art. 857, que permite ao exequente três caminhos procedimentais: (i) a mera averbação

29 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz; MITIDIERO Daniel. *Novo Curso de processo civil*: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados. v 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

do crédito e aguardo do desfecho do processo, a fim de satisfazê-lo após desfecho positivo da demanda, em relação à qual permanece sendo terceiro; (ii) a sub-rogação, hipótese em que se aventa até mesmo a sucessão processual nos autos do processo em que se discute o crédito do executado; (iii) promover a alienação judicial do objeto litigioso, transferindo-o para terceiro e, como produto de tal transferência, obtendo a satisfação de seu crédito.

2.5.3 Penhora de quotas ou ações em sociedades personificadas

O art. 861 do novo CPC é bastante inovador. Ao cuidar da penhora de quotas ou ações em sociedades personificadas, o legislador estabeleceu um procedimento pormenorizado para essa modalidade de penhora. O regramento foi recebido com aplausos pela comunidade jurídica, pois prestigia a *affectio societatis* e o princípio da preservação da empresa.

Após a efetivação da penhora, o juiz intima a própria sociedade, na pessoa de seu representante legal, assinalando o prazo máximo de três meses para: (i) apresentar balanço especial; (ii) oferecer as quotas aos sócios, respeitando preferências legais ou contratuais; (iii) caso não haja interesse dos atuais sócios, proceda à liquidação das quotas, depositando o valor auferido em juízo.

Nesse último caso, de acordo com o § 1º, é possível que a própria sociedade adquira as cotas e as mantenha em secretaria, sem necessidade da diminuição do capital social, o que representa outra louvável forma de proteção da empresa e da *affectio societatis*. O artigo também prevê a possibilidade de nomeação de administrador para a realização da liquidação. Por fim, caso não sejam viáveis nenhuma das providências anteriores, deve-se promover o leilão judicial das quotas.

2.5.4 Penhora de empresa, de outros estabelecimentos e de semoventes

O novo CPC disciplinou a penhora de empresa, de outros estabelecimentos e de semoventes nos arts. 862, 863, 864 e 865.

Sobre o tema, há que se fazer duas observações importantes. A primeira refere-se a diferença entre a penhora de empresa e a penhora de renda. A penhora de empresa é a penhora de todo o conjunto de ativos da atividade empresarial (e não apenas de parte de seu faturamento) ou do estabelecimento como um todo. Por consequência, a penhora de renda é a penhora de parte do faturamento da empresa.

A segunda diz respeito a penhora de edifício em construção sob incorporação imobiliária. Ao tratar sobre o assunto, o novo CPC inovou, nos §§ 3º e 4º, do art. 862, estabelecendo que a penhora deve recair apenas sobre

as unidades ainda não comercializadas a terceiros, o que inclui o comprador que ainda não adquiriu o título da propriedade da unidade. Já o §4º prevê situação mais drástica, na qual montante elevado de dívidas constituídas em face do incorporador pode levar até mesmo ao seu afastamento da administração do empreendimento, que passa, alternativamente, a uma “comissão de adquirentes” ou, se se tratar de construção financiada, por empresa ou por profissional indicado pela instituição fornecedora dos recursos para a própria obra”. Na última hipótese, a comissão de representantes dos adquirentes também poderá ser formada, mas terá função meramente consultiva.

2.5.5 Penhora de percentual de faturamento de empresa

Trata-se de modalidade especial de penhora, conforme se depreende do caput do art. 866. O texto da nova lei inovou ao positivar critérios elencados pela jurisprudência do STJ ³⁰para a realização da penhora de percentual de faturamento de empresa. São eles: (i) inexistência de outros bens passíveis de penhora, ou, que apesar de existentes, sejam de difícil alienação; (ii) seja nomeado administrador-depositário, o qual terá as funções descritas no § 2º; e (iii) que o percentual a ser penhorado não inviabilize o exercício da atividade empresarial.

2.5.6 Penhora de frutos e de rendimentos de coisa móvel ou imóvel

Segundo OLIVEIRA³¹, os frutos e os rendimentos, por serem bens que integram o patrimônio, podem ser penhorados, com quaisquer outros. Trata-se de interessante alternativa para execução de crédito, que pode ser, a um só tempo, mais eficaz para o credor e menos gravosa para o devedor. Aliás, são exatamente esses dois requisitos os exigidos para que o juiz opte por tal modalidade de penhora, conforme prevê o art. 867.

O procedimento do incidente de penhora de frutos e rendimentos é bastante similar ao da penhora de faturamento de empresa, cuja regulamentação inclusive, remete aos dispositivos daquela, determinando sua aplicação subsidiária.

Em síntese, o juiz deve nomear administrador-depositário, escolhendo, se houver a concordância entre as partes, dentre um deles. Caso não haja concordância, o juiz deve nomear um terceiro, que lhe prestará contas periódicas dos valores apurados. A periodicidade, assim

30 STJ, EDcl no RHC 18799/RS, Rel. Min. José Delgado. DJ: 30/10/2006.

31 OLIVEIRA, Guilherme Peres de. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (et.al), coordenadores. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

como as demais regras da administração, deverá ser estabelecida pelo juiz, que deve respeitar, no entanto, a convergência de vontade entre as partes.

Caso o imóvel pare de dar frutos, como na hipótese de fim de um contrato de locação, o administrador tem o poder de celebrar nova locação, ouvidas as partes. Por fim, o novo CPC deixa claro que os valores recebidos pelo administrador não precisam ser depositados em juízo. Aquele deve entregá-los mediante recibo de quitação diretamente ao credor. Tal documento deverá, em seguida, ser juntado aos autos.

Realizada a penhora, o próximo ato processual no processo de execução de pagar quantia certa é a avaliação dos bens penhorados. O novo CPC dedica cinco artigos ao tema (arts 870-875). A avaliação dos bens penhorados, em regra, é realizada pelo próprio oficial de justiça. Excepcionalmente, poderá ser feita por perito avaliador, se envolver conhecimentos técnicos ou se o valor da execução o comportar (art. 870). O perito deverá entregar o laudo de avaliação no prazo de 10 dias (cf. parágrafo único, do art. 870). Após a devida avaliação, a execução prosseguirá na fase expropriatória (arts 824 e 825).

Caso o exequente não obtenha sucesso na busca de bens penhoráveis, há ainda uma última saída. Cuida-se de um caminho novo, e dessa forma, ainda desconhecido, mas que pode se revelar extremamente importante para o deslinde satisfatório do processo de execução. Esse caminho tem como fundamento o poder geral de efetivação do juiz (art. 139, IV).

3 O PODER DE EFETIVAÇÃO DO JUIZ NO PROCESSO DE EXECUÇÃO AUTÔNOMO

Deixamos para o final, um tema bastante intrigante e que certamente pode impactar o processo de execução: como o juiz deve conduzir o processo de execução frente às inovações trazidas pelo novo CPC? Antes de qualquer resposta, é preciso lembrar que não estamos diante de uma legislação que se conforma com um processo estático, mas de um código que nos convida, constantemente, a implementar um modelo de processo participativo (art.6º do CPC/2015), no qual todos os atores sociais cooperam, com lealdade e responsabilidade, para a obtenção do melhor resultado prático possível em termos de satisfação da pretensão de direito material.

O tema é diretamente tratado no livro do processo de execução, mais especificadamente nos arts. 772 e 773. Vejamos, em primeiro lugar, o disposto no art. 772:

Art. 772. O juiz pode em qualquer momento do processo:

I- ordenar o comparecimento das partes;

II- advertir o executado de que seu procedimento constitui ato atentatório à dignidade da justiça;

III- determinar que os sujeitos indicados pelo exequente forneçam informações em geral relacionadas ao objeto da execução, tais como documentos e dados que tenham em seu poder, assinando-lhes prazo razoável.

Mais abrangente que o art. 599 do CPC/1973, o art. 772 disponibiliza ao juiz os instrumentos necessários para promover a tutela executiva de modo e em tempo razoáveis, pautado nos deveres de boa-fé e de colaboração entre as partes e os terceiros que detenham interesses, documentos e dados que possam influenciar o deslinde do processo de execução.

Assim, as providências enumeradas neste dispositivo podem ser tomadas, de ofício ou a requerimento, em qualquer momento ou fase do processo de execução. Nessa direção, é possível que o juiz ordene o comparecimento das partes em qualquer momento do processo de execução, determinando a realização de audiência, seja para fins de conciliação ou mediação, seja para fins de celebração de negócio jurídico processual.

Além disso, o juiz deverá velar pela ética no processo de execução advertindo o executado que emprega comportamento contrário a efetividade da atividade executória. Questão interessante, de reflexos na prática forense, é saber se a prévia advertência do juiz é pressuposto para a aplicação da multa por conduta atentatória à dignidade da justiça. Nos parece que não, uma vez que a atuação processual das partes pressupõe a boa-fé e o espírito cooperativo.

É importante ressaltar que o inciso III do art. 772 autoriza que o juiz, de ofício ou a requerimento, convoque terceiros para que forneça informações úteis ao exercício da atividade jurisdicional executiva.

O art. 773 reforça a possibilidade de convocação do terceiro ao estabelecer que o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias ao cumprimento da ordem de entrega de documentos e dados. Cuida-se de regra inédita que autoriza o juiz a adotar as medidas de apoio necessárias contra a parte e contra o terceiro para o cumprimento da decisão que determina a entrega de documentos e dados.

A regra encerra uma exigência prática, já que há informações que o exequente não pode obter por conta própria, como saldos bancários e declarações de bens. No entanto, se o juiz receber documentos e dados sigilosos, deverá adotar as medidas necessárias para assegurar sua confidencialidade, como por exemplo, a determinação que o processo tramite em segredo de justiça.

Questão interessante é saber se o disposto nos art. 772 e 773 exclui a aplicabilidade de outros dispositivos legais de conteúdos semelhantes que

estão na Parte Geral e no Livro I da Parte Especial³², como por exemplo, o art. 139, IV. Confirma-se o teor do mencionado artigo:

Art.139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

IV- determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária.

Apesar de vezes em sentido contrário, advogando a tese de que no processo de execução autônomo não há ordem judicial a ser cumprida³³, nos parece que o dispositivo complementa o disposto nos arts. 772 e 773, de modo que a aplicação do art. 139, IV ao processo de execução está de acordo com o princípio da máxima efetividade da atividade executória.

Por conta de sua abrangência, o art.139, IV, pode ser considerado uma cláusula geral executiva. Isso significa que o novo CPC permite ao magistrado, flexibilizar as técnicas executivas, frente às peculiaridades do caso concreto, determinando a adoção, sempre de forma fundamentada, dos mecanismos que se mostrem mais adequados para a satisfação do direito. Em outras palavras, o novo CPC propõe a adoção de um modelo atípico de atos executivos.

Nessa direção, a nova lei confere ao juiz um poder criativo no que se refere à estipulação de diferentes técnicas para incentivar o cumprimento da decisão judicial. Primeiramente, o juiz deve se valer das técnicas existentes, e na falta de uma técnica adequada, criar a medida adequada, respeitando os limites constitucionais e legais. Nessa direção é o enunciado n.12 do FPPC:

Enunciado n° 12 do FPPC (Art.139, IV; art.523; art.536; art.771, CPC/2015) A aplicação das medidas atípicas sub-rogatórias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial. Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas, com observação do contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão à luz do art. 489, §1º, I e II.

Assim, considerando as peculiaridades do caso concreto, bem como o insucesso da utilização das medidas executivas típicas, o juiz está autorizado

32 Os arts. 297, 301, 536, §1º também versam sobre o poder de efetivação do juiz.

33 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados*. v 3, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

a determinar a medida mais adequada ao caso concreto para estimular o cumprimento da obrigação contida no título executivo extrajudicial.

Tal entendimento é de extrema relevância prática no que diz respeito as execuções movidas para recomposição do erário, uma vez que o ressarcimento aqui não é apenas um direito da credora, Fazenda Pública, mas de toda coletividade ilegitimamente desfalcada.

Assim, cuidando-se de execução para recomposição do erário o juiz poderá tomar todas as medidas cabíveis para assegurar o cumprimento da obrigação, como por exemplo, suspender temporariamente a participação do devedor em licitações, em concursos públicos, acautelar o seu passaporte, de modo que ele não possa sair do país para viagens turísticas; determinar a suspensão de seus cartões de crédito, entre outras.

4 CONCLUSÃO

Buscamos, através do presente artigo, expor, de maneira panorâmica, as principais novidades trazidas pelo novo Código de Processo Civil no que diz respeito à petição inicial do processo de execução autônomo, fundado em título executivo extrajudicial, a fase da penhora e ao poder-geral de efetivação do juiz.

Escolhemos esse percurso porque acreditamos que se tratam de caminhos sucessivos na busca da satisfação da obrigação de recompor o erário. Nessa direção, caso as medidas coercitivas e indutivas concentradas na petição inicial não estimulem o executado a cumprir a obrigação, o processo terá que prosseguir pelo conhecido e tormentoso caminho da penhora de bens.

No que diz respeito a esse “velho” caminho, o novo código de processo civil foi bastante tímido. Inovou pouco. Não obstante, de maneira inédita, atribui ao juiz um amplo e genérico poder de efetivação das decisões judiciais (art.139, inciso IV).

Assim, caso o exequente não obtenha sucesso na busca de bens penhoráveis, há uma última e alternativa saída. Como ressaltamos, trata-se de um caminho novo, e dessa forma, muito pouco conhecido, mas que pode se revelar extremamente importante para o deslinde satisfatório do processo de execução que tem como finalidade a recomposição do erário.

REFERÊNCIAS

BALDISSERA, Leonardo; PEGORARO JUNIOR, Paulo Roberto. Averbação premonitória no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, Ano 41, v. 256, jun. 2016. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BRUSCHI, Gilberto; NOLASCO, Rita Dias; AMADEU, Rodolfo da Costa Manso Real. *Fraudes Patrimoniais e a Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de Processo Civil de 2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei nº 13.105, de 16.03.2015*. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados*. v. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____; _____. *Novo Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados*. v. 3, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MEIRELES, Edilton. Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no CPC de 2015. In: *Novo CPC doutrina selecionada, v.5: Execução*. DIDIER JR., Fredie. Coord. Salvador: Juspodivm, 2016.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Ponchmann da. A Efetivação do crédito e os cadastros de inadimplentes no NCPC: breves notas. In: *Novo CPC doutrina selecionada, v.5: Execução*. DIDIER JR, FREDIE. Coord. Salvador: Juspodivm, 2016.

MINAMI. M.Y. Breves apontamentos sobre a generalização das medidas de efetivação no CPC/2015. Do processo para além da decisão. *Execução. Coleção Novo CPC. Doutrina Selecionada*. Coord. Fredie Didier Jr. Salvador: Jus Podivum, 2016.

PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura; BELFORT, Renata Cortez Vieira. O cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública no novo CPC. *Fazenda Pública. Coleções repercussões do Novo CPC*, v.3, Coord. ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leornado Carneiro da; RODRIGUES, Marco Antônio. 2. ed. revista, ampliada e Atualizada. Salvador: Juspodivm, 2016.

TARTUCE, Flávio. *O novo CPC e o direito civil*. São Paulo: Método, 2016.

TARTUCE, Fernanda; DELLORE, Luiz. Execução de Alimentos: do CPC 73 ao Novo CPC. *Execução. Coleção Novo CPC. Doutrina Selecionada*. Coord. Fredie Didier Jr. Salvador: Jus Podivum, 2016.

REDONDO, Bruno Garcia. Impenhorabilidade de bens no CPC/2015 e as hipóteses da remuneração do executado. In: *Novo CPC doutrina selecionada*, v.5: execução. DIDIER JR, Fredie. Coord. Salvador: Juspodivm, 2016

SHENK, Leonardo Faria. Distribuição de competências no processo de execução reformado. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. III, p.201-223.

ZARONI, Bruno Marzullo; VITORELLI, Edilson. Reforma e Efetividade da Execução no Novo CPC. *Execução. Coleção Novo CPC. Doutrina Selecionada*. Coord. Fredie Didier Jr. Salvador: Jus Podivum, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (et.al), coordenadores. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

AÇÃO JUDICIAL PELA PRÁTICA DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E O TRÂNSITO EM JULGADO PARCIAL DA SENTENÇA: A EFETIVIDADE DO PROCESSO COMO CAMINHO PARA O COMBATE DA CORRUPÇÃO

LAWSUIT BY PRACTICING ACT OF ADMINISTRATIVE IMPROBITY AND TRANSIT PARTIAL OF THE FINAL SENTENCE: THE EFFECTIVENESS OF THE PROCESS AS WAY TO COMBAT CORRUPTION

Vanir Fridriczewski

Advogado da União – Procuradoria Regional da União na 4ª Região

Doutorando em Estado de Direito e Governança Global

Universidade de Salamanca – Espanha

SUMÁRIO: Introdução; 1 Celeridade e efetividade da tutela jurisdicional; 2 A complexidade da AIA e sua “vocação” para a demora processual: sujeitos passivos e cominações; 3 O sistema recursal do novo CPC, o transito em julgado parcial e cumprimento imediato da sentenç a; 4 Conclusões; Referências.

RESUMO: A ação judicial pela prática de atos de improbidade administrativa, sem similar no mundo, é uma das ferramentas adotadas pelo Brasil para o combate da corrupção. Processada no regime do Código de Processo Civil, esta ação foi alcançada por problemas como a lentidão e a ausência de efetividade da tutela jurisdicional, inerentes ao sistema processual brasileiro, o que em parte pode ser consequência da própria complexidade destas ações. O Novo Código de Processo Civil – NCPC, para muitos, foi gestado com a ideia de permitir inovação ou reforma no sistema processual civil brasileiro, e isto para fazer frente aos velhos problemas, notadamente a lentidão e a ausência de efetividade. Este artigo analisa uma das questões que pode contribuir para aumentar a celeridade e principalmente a efetividade da tutela jurisdicional em sede de ações judiciais pela prática de ato de improbidade administrativa, que é a possibilidade, em conformidade com o NCPC, da ocorrência de trânsito em julgado parcial da sentença condenatória. Para tanto são revisitados temas como celeridade e efetividade da tutela jurisdicional, conteúdo das ações judiciais pela prática de ato de improbidade administrativa, notadamente os sujeitos que podem integrar o polo passivo dessas ações e as cominações ou consequências previstas na Lei nº 8.429/92. Na sequência é analisada a questão referente ao trânsito em julgado parcial da sentença no regime do NCPC, lançando-se, ao final, observações sobre quais medidas ou consequências previstas na Lei de Improbidade Administrativa comportam execução no caso da formação de coisa julgada parcial.

PALAVRAS-CHAVE: Corrupção. Improbidade. Administrativa. Efetividade. Processo. Coisa. Julgada. Parcial.

ABSTRACT: The lawsuit by the practice of acts of administrative improbity, unique in the world, is one of tools adopted by Brazil to combat corruption. Processed at the regime of the Civil Code Procedure, this action was achieved by problems such as slowness and lack of effectiveness of judicial protection, inherent in the Brazilian legal system, which in part may be consequence of the complexity of these actions. The New Code of Civil Procedure - NCPC, for many, was gestated with the idea of allowing innovation or reform in the Brazilian civil justice system, and that to cope with old problems, notably the slowness and lack of effectiveness. This article examines one of the issues that can contribute to increase the speed and especially the effectiveness of judicial protection in seat of lawsuits by practicing act of administrative improbity, which is the possibility, in accordance with the NCPC, the traffic occurrence on trial part of the sentence. For both themes are revisited as speed and effectiveness of judicial protection,

content of lawsuits by practicing act of administrative improbity, especially the individuals who can integrate the defendant of these actions and the commination's or consequences envisaged in Law N° 8,429/92. Following analyzes the question of the transit part of the trial judgment in the NCPC's regime, launching at the end, comments on what measures or consequences provided for in the Administrative Misconduct Law enforcement behave in the case of formation of partial res judicata.

KEYWORDS: Corruption. Improbity. Administrative. Effectiveness. Process. Partial. Res. Judicata.

INTRODUÇÃO

O tema corrupção, infelizmente, vem dominando a cena do noticiário brasileiro. Todos dias e em praticamente todos os veículos de comunicação é trazida alguma notícia sobre o tema. E relacionado com ele surgem debates sobre questões como a necessidade de adoção de novas medidas e ferramentas para combater a corrupção, a (in)efetividade e a demora no trâmite de medidas judiciais disponíveis para o combate deste fenômeno, as deficiências e ausência de estrutura de algumas instituições públicas encarregadas de prevenir ou combater a corrupção, entre outros.

A ação judicial pela prática de ato de improbidade administrativa – AIA¹, instituída pela Lei n° 8.429/92 e que não encontra similar no mundo, desponta como uma das ferramentas adotadas pelo ordenamento jurídico brasileiro para o combate da corrupção. Embora sua natureza não penal, muitos dos problemas enfrentados em sede de jurisdição penal no Brasil, como a lentidão e a ausência de efetividade da tutela jurisdicional, também parecem ter alcançado estas ações, problemas estes que, na verdade, se revelam inerentes ao sistema processual brasileiro em sua integralidade.

O novo Código de Processo Civil – NCPC, aos olhos de muitos, foi gestado com a ideia de permitir inovação ou reforma no sistema processual civil brasileiro, e isto para fazer frente aos velhos problemas,

1 Se reconhece a ausência de homogeneidade quanto ao termo. Nos estudos do tema, bem como na prática forense há referências, por exemplo, aos termos Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa ou ainda Ação de Improbidade Administrativa. Fugindo de qualquer discussão semântica quanto ao acerto ou não destas terminologias, o que pode demandar estudo e escrito próprio, a nosso juízo a ação judicial prevista na Lei n° 8.429/92, a qual, frisamos, não possui similar no mundo, tem por objeto alcançar a condenação pela prática de ao menos um dos atos de improbidade administrativa descritos nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei n° 8.429/92, em muito se diferenciando, por exemplo, das ações civis públicas originária e ordinariamente previstas na Lei n° 7.347/85. Por isso a adoção, por nós, do termo *ação judicial pela prática de ato de improbidade administrativa*, que expressamos com as iniciais AIA.

notadamente as já referidas lentidão e a ausência de efetividade. De antemão, um questionamento genérico que surge é quanto às consequências que no NCPC traz para o processamento de ações judiciais pela prática de ato de improbidade administrativa. Como decorrência uma das questões que se lançam, e que será objeto de análise neste escrito, é a problemática quanto ao trânsito em julgado parcial das sentenças proferidas em ações desta natureza. Expressamos esta problemática com os seguintes questionamentos: quais são as consequências de um recurso parcial contra uma sentença condenatória proferida em ações judiciais pela prática de ato de improbidade administrativa? Durante o trâmite deste recurso é possível a execução, ainda que parcial, de sentença proferida em sede de ações judiciais pela prática de ato de improbidade administrativa?

Este artigo procurará construir possíveis respostas para estes questionamentos. Para tanto partirá de uma breve análise sobre celeridade processual e efetividade da tutela jurisdicional para, em seguida, examinar alguns aspectos do conteúdo das ações judiciais pela prática de ato de improbidade administrativa e que se relacionam, por assim dizer, com a natural vocação destas ações para um lento tramitar, notadamente a questão referente aos sujeitos que podem integrar o polo passivo dessas ações, bem como o conteúdo das cominações ou consequências previstas na Lei nº 8.429/92 para o caso de sentença de procedência da ação, algumas delas inclusive relacionadas com a qualidade ou características do sujeito demandado. Na sequência é analisada a questão referente ao trânsito em julgado parcial da sentença em conformidade com o NCPC para, ao final, serem lançadas observações sobre quais medidas ou consequências previstas na Lei de Improbidade Administrativa comportam execução imediata, e tudo isso tendo em consideração a necessidade de uma tutela jurisdicional célere e eficaz.

1 CELERIDADE E EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL

O tempo, como escreveu ALVARO DE OLIVEIRA², tornou-se em nossos dias um dos parâmetros fundamentais da justiça moderna. A este parâmetro fundamental da justiça moderna outro pode ser acrescido, que é a eficácia do provimento jurisdicional. Justiça, e especialmente a justiça moderna, assim o será se a ela estiverem agregados a eficácia e a tempestividade. Dito de outra forma, e talvez este seja o anseio de todos aqueles que litigam em juízo, o que se espera, quando do acionamento do Poder Judiciário, é que no mais curto espaço de tempo possível se alcance

2 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Efetividade e processo de conhecimento. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito-PPGD/UFGRS*, Porto Alegre, v. 2, n. 4, p. 405-418, 1999.

uma tutela jurisdicional eficaz, ou seja, que assegure aos litigantes os objetivos pretendidos com a ação judicial.

Estamos nos referindo, pois, a celeridade e efetividade da tutela jurisdicional, caracteres estes desejáveis em toda demanda judicial, inclusive e especialmente naquelas que trazem como pano de fundo o combate da corrupção, na medida em que se está tratando de fenômeno social que, como destacado no preâmbulo da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, traz ameaças para a estabilidade e a segurança das sociedades, ao enfraquecer as instituições e os valores da democracia, da ética e da justiça, e ao comprometer o desenvolvimento sustentável e o Estado de Direito.

Ainda que breves, são necessárias algumas considerações sobre celeridade e efetividade da tutela jurisdicional.

Neste sentido é necessário referir que a jurisdição, como observa MARINONI³, tem a função de tutelar ou proteger os direitos, especialmente os direitos fundamentais, tendo o dever de prestar a tutela prometida pelo direito material. Este destaque é necessário: uma das funções da jurisdição é tutelar os direitos fundamentais.

E a partir desta ideia a abertura de um parêntesis é necessária. É que dentre os interesses alçados à categoria de direito fundamental pela Constituição de 1988 se pode referir a boa administração, a qual, como recorda JUAREZ FREITAS⁴, se trata do direito fundamental à Administração Pública eficiente e eficaz, proporcional, cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas, sendo que a este direito corresponde o dever de a Administração Pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem, e que este direito abriga, dentre outros, o direito à Administração Pública proba, que veda condutas éticas não-universalizáveis.

Com linha de raciocínio semelhante OSÓRIO⁵ lembra que o imperativo de boa gestão pública se aplica a todos os poderes do Estado, a todo o setor público, não importando a natureza nem a qualidade do órgão ou de seus titulares, havendo, pois, um panorama de obrigações cada vez mais intensas aos gestores públicos, os quais não são responsáveis apenas por cumprir regras e procedimentos legais, tendo também como

3 MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 134-139.

4 FREITAS, Juarez. *Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 22-23.

5 OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 48.

balizador da legitimidade de seus atos a lógica dos resultados e da técnica correta no manejo de competências discricionárias.

Este imperativo de boa gestão, ou dever de boa administração, traz a consequência de que aquele que administra o interesse ou patrimônio alheio (*rectius*, interesse ou patrimônio da coletividade) deve fazê-lo como se administrasse interesse próprio, com diligência, cuidado, atenção e, sobretudo, vinculação à finalidade do interesse que tutela. Neste passo, a ideia predominante sobre o dever de boa administração é a finalidade do ato ou atividade administrativa, de modo que o desvio para satisfação de interesses estranhos ao serviço vicia a atividade estatal⁶.

A partir de estas ideias se pode vislumbrar que um ato de improbidade administrativa, que pode ser considerado como uma espécie do gênero corrupção⁷, se traduz, pois, como violação a este direito fundamental de boa administração, direito fundamental este que tem como titular a coletividade. A consequência disto, então, é que uma ação judicial pela prática de ato de improbidade administrativa terá sempre como pano de fundo o direito fundamental à boa administração, o qual resulta violado pelo ato ímprobo. Em ações desta natureza, portanto, não está em jogo apenas um mero interesse patrimonial (nos casos em que postulado ressarcimento ao erário) ou uma simples pretensão de natureza punitiva, mas muito pelo contrário, são demandas que envolvem o direito fundamental à boa administração, invariavelmente alcançado pela principal função da jurisdição, que, como antes referido, é tutelar ou proteger os direitos, especialmente os direitos fundamentais.

Neste contexto e por estarmos imersos em um Estado Democrático de Direitos, uma ação judicial pela prática de atos de improbidade administrativa tem por função tutelar tanto os direitos fundamentais dos demandados e, principal e especialmente, o direito fundamental à boa administração pública, sempre vilipendiado quando da ocorrência de um ato de improbidade administrativa.

Encerrada esta observação, retomamos os lineamentos quanto aos aspectos processuais aqui tratados e, à guisa conclusão quanto ao tópico

6 MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 66-71.

7 Na doutrina especializada encontramos uma grande quantidade de conceitos para o fenômeno corrupção. Exemplificativamente referimos (a) Susan Rose-Ackerman, a qual define corrupção como o uso incorreto do poder ou potestade pública para a obtenção de benefícios privados (Rose-Ackerman, Susan. *La corrupción y los gobiernos: causas, consecuencias y reforma*. Madri: Siglo Veintiuno, 2001, p. 125.) e (b) Vito Tanzi, que define corrupção como sendo o incumprimento deliberado de uma obrigação de ser imparcial no exercício das funções públicas com o objetivo de obter desta conduta determinados benefícios, para si próprio ou para outras pessoas próximas (TANZI, Vito. *Corrupción sector público y mercados*. Información Comercial Española, ICE: *Revista de economía, Madri*, n. 741, p. 9-23, mai. 1995).

efetividade, fazemos menção aos ensinamentos de BEDAQUE⁸, o qual refere que processo efetivo é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material. Eis um norte, pois, que deve guiar todo processo judicial, inclusive e especialmente quando em jogo questões referentes ao atentado a direitos fundamentais de titularidade coletiva, como se observa nos casos de prática de atos de improbidade administrativa.

Já a celeridade processual, como observa LOPES⁹, é um dos aspectos da efetividade da prestação jurisdicional, tendo relação direta com a duração razoável do processo, com a rápida solução da querela levada ao conhecimento do Judiciário. É importante ter presente, no entanto, que a agilização e a simplificação do processo não podem comprometer a efetividade da jurisdição, cuja essência não deve ser aferida tão-somente em função do resultado do processo, mas também do respeito às garantias constitucionais que o cercam.

A partir dessas breves incursões doutrinárias e com vistas ao objeto deste escrito pode se afirmar que celeridade processual é sinônimo de rápida tramitação e solução das ações judiciais, ao passo que efetividade pode ser considerada sinônimo de processo que alcança às partes o bem da vida prometido pela relação material submetida à apreciação do Poder Judiciário.

Por consequência, ao menos em linha de princípio pode se afirmar que, em sede de ações judiciais pela prática de atos de improbidade administrativa, a tutela jurisdicional se mostrará efetiva quando, respeitadas as garantias fundamentais dos sujeitos processuais (autor, réus e demais sujeitos que intervêm no processo), for assegurada a mais ampla proteção do patrimônio público, assim como for preservado ou restabelecido o arcabouço principiológico que norteia o comportamento da Administração Pública (tutela do direito fundamental à boa administração), permitindo, por consequência, a adequada condução e célere solução destas ações.

Nesta linha de ideias é imprescindível fazer referência às observações de ROSE-ACKERMAN, a qual aponta que um sistema judicial e de aplicação da lei honesto e capaz é de fundamental importância para o combate da corrupção¹⁰. Celeridade e efetividade da tutela jurisdicional em sede de ações judiciais pela prática de atos de improbidade administrativa

8 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 49.

9 LOPES, João Batista. As "antigas novidades" do processo civil brasileiro e a efetividade da jurisdição. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 157, p. 9-17, mar. 2008.

10 ROSE-ACKERMAN, Susan. Economía política de las raíces de la corrupción: Investigación y políticas públicas. In: SANDOVAL, Irma Erendina (coordenadora) *Corrupción y transparencia. Debatiendo las fronteras entre Estado, Mercado y Sociedad*, México: Siglo XXI, 2009. p. 23-43.

se apresentam, portanto, como peças indispensáveis para a construção e consolidação de um sistema judicial e de aplicação da lei honesto e capaz, fundamento este para a formatação de um adequado sistema para controle e combate da corrupção e outras ilegalidades contra o patrimônio público (*rectius*, patrimônio da coletividade).

O questionamento que exsurge, então, é como alcançar celeridade e efetividade da tutela jurisdicional em sede de ações judiciais pela prática de atos de improbidade administrativa, a quais, tanto pela natureza do seu objeto, como das partes envolvidas, como regra apresentam considerável complexidade.

Analisaremos agora alguns aspectos destas ações, notadamente os sujeitos passivos e as cominações previstas no caso de procedência, para então tentar construir respostas aos questionamentos aqui lançados.

2 A COMPLEXIDADE DA AIA E SUA 'VOCAÇÃO' PARA A DEMORA PROCESSUAL: SUJEITOS PASSIVOS E COMINAÇÕES

As ações judiciais pela prática de atos de improbidade administrativa, como acima anunciado, de regra são dotadas de considerável complexidade. E esta complexidade revela ou se traduz em uma de 'natural vocação' da AIA para a demora processual, fenômeno este que seguramente possui várias causas. Exemplificativamente pode ser referido o complexo sistema recursal brasileiro, ao que se alia uma desvirtuada cultura garantista que cultua um irrestrito e até abusivo manuseio do direito de defesa, se olvidando que o garantismo penal, cuja doutrina é de certa forma trasladada para todo processo brasileiro, notadamente em casos de ações com caráter punitivo, se traduz na garantia fundamental a um processo justo e imparcial, tanto do ponto de vista do acusado, como das vítimas e da própria sociedade. Processo garantista e justo, pois, é aquele que respeita e assegura a efetividade dos direitos fundamentais envolvidos na demanda, tanto do ponto de vista acusado ou réu, da vítima ou autor, bem como da sociedade ou coletividade.

Além disso, questões como o próprio rito processual da AIA, assim como especificidades previstas na Lei de Improbidade Administrativa podem funcionar como causa para a complexidade e demora no tramite destas ações. Elegemos aqui dois aspectos que podem ser extraídos da própria LIA para demonstrar a singularidade destas ações, tornando-as complexas e vocacionadas a um trâmite processual mais demorado. É a questão referente aos sujeitos passivos destas ações, bem como as cominações que podem ser aplicadas em caso de procedência de uma ação judicial pela prática de ato de improbidade administrativa.

Anotamos, neste sentido, que a Lei de Improbidade Administrativa, em seu art. 1º, *caput*, estabelece que os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a Administração Direta, Indireta ou Fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma nela prevista.

Na sequência, o art. 2º da LIA estabelece reputar-se agente público, para os efeitos do que previsto nesta Lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função naquelas entidades mencionadas no art. 1º desta norma.

Uma leitura inicial destes dispositivos permite lançar a ideia preliminar de que todo agente público, nisto incluído os agentes políticos, inclusive os mais altos mandatários da República, se submetem ao regime de responsabilização instituído pela LIA, notadamente porque os mesmos exercem mandatos de relevância para a República Federativa do Brasil, figurando no ápice da estrutura da Administração Pública brasileira.

Várias discussões, no entanto, existem quanto ao tema, muitas delas surgidas a partir da paradigmática decisão proferida pelo STF na Reclamação nº 2.138, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes¹¹, quando se entendeu que os Ministros de Estado, por estarem regidos por um regime especial de responsabilidade (art. 102, inciso I, alínea c, da Constituição e Lei nº 1.079/50), não se submetem ao modelo de competência e responsabilidade prevista na LIA. Em outras palavras, de acordo com este julgado, Ministros de Estado não estão abrangidos pelo regime de responsabilidade instituído pela Lei de Improbidade Administrativa, o que traria como consequência o entendimento de que os demais agentes públicos sujeitos ao regime da Lei nº 1.079/50 (Presidente da República, Ministros do Supremo Tribunal Federal e Procurador-Geral da República), de igual forma não estão submetidos ao regime de responsabilidade previsto na LIA.

Muitas são as críticas a este julgado. CUNHA^{12 13}, defendendo a aplicabilidade do regime de responsabilidade previsto na LIA a todos os

11 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 2.138. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Acórdão publicado no Diário de Justiça de 18 abr. 2008. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 02 set. 2016.

12 CUNHA, Ageu Florêncio da. A aplicação da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos. In: DOBROWOLSKI, Samantha Chantal (coordenadora). *Questões práticas sobre improbidade administrativa*. Brasília: ESMPU, 2011. p. 122-139.

13 Pedro Roberto Decomain também defende a aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos. (DECOMAIN, Pedro Roberto. Improbidade administrativa e agentes políticos. In: FARIAS,

agentes públicos, sustenta ser extremamente temerário que os agentes políticos sejam excluídos do rol dos sujeitos para os quais se aplica a Lei de Improbidade Administrativa, pois o exercício de funções administrativas não pode ser usado para abrigar pessoas de má-fé que, ao saberem que dificilmente serão responsabilizadas de forma eficaz, terão maior facilidade e disposição para a prática de atos que lesem o patrimônio público, arrematando, assim, que diante de tantos avanços e benefícios, é indispensável que a LIA seja aplicada a todos os agentes públicos, indistintamente da natureza do cargo ocupado, conforme decorrente da própria LIA e da Constituição.

É por esta razão que FIGUEIREDO assinala que os magistrados, assim como os membros do Ministério Público, podem ser processados por ato de improbidade¹⁴, entendimento este que hoje é acolhido no âmbito do Superior Tribunal de Justiça¹⁵, o qual, de igual forma, em julgados envolvendo prefeitos municipais, espécie do gênero agente político, assinalou haver plena compatibilidade entre os regimes de responsabilização pela prática de crime de responsabilidade e por ato de improbidade administrativa, tendo em vista que não há norma constitucional que imunize os agentes políticos municipais de qualquer das sanções previstas no art. 37, § 4º, da Constituição¹⁶.

Importante observação quanto ao tema também é trazida por BANDEIRA DE MELLO¹⁷, o qual, ao analisar os artigos 1º e 2º da LIA, afirma que ante o teor da linguagem normativa não padece dúvida

Cristiano Chaves de; OLIVEIRA, Alexandre Albagli; CHIGNONE, Luciano Taques (organizadores). *Estudos sobre improbidade administrativa em homenagem ao professor J.J. Calmon de Passos*. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 73-102).

14 FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 52.

15 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.169.762*. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Acórdão publicado no Diário de Justiça de 10 set. 2010. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 02 set. 2016.

A este propósito podem ser citados, exemplificativamente, os seguintes julgados, os quais afirmam a possibilidade de aplicação da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos: Rcl 2.790/SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Corte Especial, DJe 4/3/2010; AgRg no Ag 1404254/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, 1ª Turma, DJe 30/09/2014; AgRg no AREsp 532.658/CE, Rel. Ministro Humberto Martins, 2ª Turma, DJe 09/09/2014; EDcl no AgRg no REsp 1216168/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, 2ª Turma, DJe 04/10/2013.

16 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.294.456*. Relator: Ministro Og Fernandes. Acórdão publicado no Diário de Justiça de 18 set. 2014. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 03 set. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.321.111*. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Acórdão publicado no Diário de Justiça de 13 mai. 2016. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 30 ago. 2016. aqui uma escolha, de uma opção, Especial n

17 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Competência para Julgamento de Agentes Políticos por Ofensa à Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429, de 02.06.92). *Interesse Público IP*, Belo Horizonte, n. 42, ano

alguma de que a norma revela o mais explícito, consciente e deliberado intento de colocar sob seu âmbito de regência tanto os sujeitos relacionados ao poder público ou a suas entidades auxiliares por vínculos de trabalho profissional quanto os que a eles se vinculam por liames de caráter político, notadamente porque as normas em tela também falam em eleição, mandato e designação.

Estas discussões, por certo, não se encerram apenas nos argumentos acima lançados, demandando alguns aprofundamentos.

Neste sentido importa ter presente, num primeiro momento, que a Lei de Improbidade Administrativa se caracteriza como um modelo centralizador de código de conduta dos agentes públicos¹⁸, ou seja, aplicável, em princípio, aos agentes públicos em geral, conclusão esta que se extrai da leitura dos artigos 1º e 2º antes referidos, os quais estabelecem que os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, sujeitam-se ao regime de responsabilidade previsto nesta legislação.

Nada obstante, ao que parece, a correta definição do alcance destes dispositivos, assim como dos agentes públicos submetidos ao regime de responsabilidade da LIA, perpassa obrigatoriamente por uma adequada interpretação dos dispositivos em tela, notadamente da expressão qualquer agente público, e isso porque, ao menos em linha de princípio, uma norma não deve conter disposições ou expressões inúteis, daí advindo a importância de se estabelecer uma correta hermenêutica sobre o tema.

A propósito desta querela MAXIMILIANO ensinava que a função do juiz, quanto aos textos legais, é dilatar, completar e compreender, porém não alterar, corrigir ou substituir, podendo melhorar o dispositivo graças à interpretação larga e hábil, não podendo, porém, negar a lei ou decidir o contrário do que a mesma estabelece¹⁹.

E tais parâmetros não podem passar despercebidos pelo jurista quando da interpretação de textos legais.

Assim, por certo que uma interpretação destes dispositivos não se mostrará aceitável se for realizada restritivamente, de modo a afastar os comandos que aparentemente exsurgem como evidentes do seu texto. Além disso, uma correta interpretação destes dispositivos demandará a sua análise em conjunto com a gama de preceitos constitucionais que dão suporte ao

9, mar/abr 2007 Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=48897>>. Acesso em: 22 set. 2016.

18 Osório (Id., 2010, p. 166-169.) refere a existência de modelos descentralizados de códigos de condutas dos agentes públicos, os quais caracterizam-se pela existência de tantos códigos quantos forem as classes de agentes públicos, tratando-os desigualmente, com modelos de condutas proibidas diferenciadas e com sanções distintas para cada classe de agentes públicos. Além desse modelo existem os modelos centralizadores, que consagram um código unitário aplicável a todas as categorias de agentes públicos.

19 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 65.

tema, notadamente porque interpretar uma norma é interpretar o sistema em sua inteireza, pois qualquer exegese comete, direta ou obliquamente, uma aplicação da totalidade do direito, para além da sua dimensão textual²⁰.

Iniciando pelo alcance da expressão agente público, na doutrina pátria não faltam vozes quanto à larga abrangência do mesmo, a incluir inclusive os agentes políticos.

Neste propósito BANDEIRA DE MELLO lembra que quem quer que desempenhe funções estatais, enquanto as exerce, é um agente público, razão pela qual tal noção abarca tanto o chefe do poder executivo em todas as esferas, como os senadores, deputados e vereadores, os ocupantes de cargos ou empregos públicos da administração direta dos três poderes da República, os servidores das autarquias, fundações governamentais, das empresas públicas, sociedades de economia mista, os concessionários e permissionários de serviço público, os delegados de serviço público, os requisitados, os contratados sob locação civil de serviços e os gestores de negócios públicos²¹.

E prossegue classificando os agentes públicos em agentes políticos (titulares dos cargos estruturais à organização políticas do País, ou seja, ocupantes dos cargos que integram o arcabouço constitucional do Estado, esquema fundamental de poder), servidores estatais (abarca todos aqueles que possuem com o Estado e suas entidades da Administração Indireta, independente da natureza pública ou privada, relação de trabalho de natureza profissional e de caráter não eventual, sob vínculo de dependência) e particulares em colaboração com a Administração (sujeitos que, sem perder sua qualidade de particular, exercem função pública, ainda que às vezes apenas em caráter episódico).

Em sentido muito parecido MEIRELLES²² ensina que agentes públicos são todas as pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitariamente, do exercício de alguma função estatal, os quais classifica em agentes políticos, agentes administrativos, agentes honoríficos, agentes delegados e agentes credenciados. E quanto aos agentes políticos refere que eles são os componentes do governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais.

CARVALHO FILHO²³ compartilha de entendimento semelhante, aduzindo que a expressão agentes públicos refere-se às pessoas que, a

20 FREITAS, Juez. *A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 76.

21 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 226-232.

22 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 69-76.

23 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 555-556.

qualquer título, exercem uma função pública como prepostos do Estado, dentre os quais estão os agentes políticos.

Afora essas concepções doutrinárias quanto ao alcance da expressão agente público, é indispensável ter presente que o art. 37, § 4º, da Constituição (e por consequência a legislação que o regulamenta – Lei de Improbidade Administrativa) está topograficamente inserido em um emaranhado de dispositivos constitucionais, todos eles relacionados com o bom funcionamento da Administração Pública. Nesta senda, porque interpretar uma norma é interpretar o sistema inteiro, a conclusão que se extrai é de que a cogência e a fundamentalidade dos deveres decorrentes do preceito constitucional em tela por certo vinculam todos os atores que dão vida à Administração Pública, desimportando a natureza do vínculo que une o agente ao Estado.

É dizer, portanto, que o dever fundamental que decorre desta norma constitucional é impositivo a toda e qualquer espécie de agente público, nisto incluindo os agentes políticos, os quais titularizam os cargos estruturais à organização política do País, ou seja, ocupantes dos cargos que integram o arcabouço constitucional do Estado, não havendo espaço para a exclusão de algum agente público do âmbito de abrangência da legislação que regulamente referido dever fundamental (Lei de Improbidade Administrativa), salvo, é claro, se por expressa previsão constitucional, como ocorre no caso do art. 85, inciso V, da Constituição, que em relação ao Presidente da República prevê expressamente constituir crime de responsabilidade de referido agente público (e político) ações que atentarem contra a probidade da Administração.

A partir dessas noções parece que a correta exegese dos artigos 1º e 2º da LIA, em especial em razão da expressão qualquer agente público que nele está gravado, é no sentido de que todos os agentes políticos brasileiros se sujeitam ao regime de responsabilização previsto na Lei de Improbidade Administrativa, exceto o Presidente da República, como antes referido.

Disso resulta a conclusão quanto à inadequação da interpretação outrora dada ao tema pelo STF na Reclamação nº 2.138.

Ademais, se assim não o fosse, como pontua a doutrina de DECOMAIN²⁴, a exclusão dos agentes políticos acaba fazendo com que a previsão constitucional e legal sobre a punição por improbidade administrativa atinja apenas subordinados, subalternos, servidores públicos em sentido estrito, mantendo, porém, a largo da punição pelo mal proceder justamente aqueles agentes que comandam e exercem a vontade política do Estado, dirigindo toda a Administração Pública.

24 CARVALHO FILHO, 2012, p. 75.

Importa lembrar, neste sentido, que o Superior Tribunal de Justiça, à margem daquela decisão proferida pelo STF na Reclamação nº 2.138, tem lançado o entendimento de que, excetuada a hipótese de atos de improbidade praticados pelo Presidente da República (art. 85, inciso V, da Constituição), cujo julgamento se dá em regime especial pelo Senado Federal (art. 86 da Constituição), e não pela incidência das disposições previstas na Lei de Improbidade Administrativa, não há norma constitucional alguma que imunize os agentes políticos, sujeitos a crime de responsabilidade, de qualquer das sanções por ato de improbidade administrativa previstas no art. 37, § 4º, da Constituição, situação esta que, se ocorrente, faria com que eventual preceito normativo infraconstitucional que impusesse imunidade dessa natureza se mostrasse incompatível com a Constituição²⁵, entendimento este recentemente reafirmado em querela envolvendo a possibilidade de responsabilização de Governador de Estado pela prática de ato de improbidade administrativa.²⁷

E o próprio STF, em decisões mais recentes e contrariando o que antes fora decidido na Reclamação nº 2.138, tem lançado entendimento sobre a possibilidade de responsabilização de agentes políticos nos termos da Lei de Improbidade Administrativa, sendo exemplificativo deste novo entendimento os julgados proferidos no Agravo Regimental da Ação Cautelar nº 3585, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 02 de setembro de 2014, e no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 809.338, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 29 de outubro de 2013.

Prosseguindo com a temática é de se analisar o art. 3º da Lei de Improbidade Administrativa, o qual prevê que as disposições nela previstas são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta. Como se observa de uma simples

25 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Reclamação nº 2.790*. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Acórdão publicado no Diário de Justiça de 04 mar. 2010. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 09 set. 2016.

26 E este entendimento tem sido reiterado pelo STJ, o qual tem afirmado haver plena compatibilidade entre os regimes de responsabilização pela prática de crime de responsabilidade e por ato de improbidade administrativa, tendo em vista que não há norma constitucional que imunize os agentes políticos municipais de qualquer das sanções previstas no art. 37, § 4º, da Constituição, sedimentando também a compreensão de que as ações de improbidade devem ser processadas nas instâncias ordinárias, não havendo que se cogitar de prerrogativa de foro. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental em Agravo em Recurso Especial nº 461.084*. Relator: Ministro Og Fernandes. Acórdão publicado no Diário de Justiça de 14 nov. 2014. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 22 set. 2016)

27 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.216.168*. Relator: Ministro Humberto Martins. Acórdão publicado no Diário de Justiça de 04 out. 2013. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 05 set. 2016.

leitura, este dispositivo permite que o não agente público também possa ser responsabilizado nos termos da LIA.

A temática tratada neste dispositivo, prevendo a responsabilidade de terceiros por atos atentatórios à Administração Pública, não é novidade no direito brasileiro.

Neste sentido vale observar que a Lei da Ação Popular – LAP já previu, em seu art. 6º, a possibilidade dos beneficiários diretos dos atos lesivos ao erário, serem sujeitos passivos da ação popular, expressão esta que, por certo, abrange tantos os agentes públicos, como os particulares que, de alguma forma, se beneficiaram do ato lesivo ao erário.

A Lei de Improbidade Administrativa, como afirma MARTINS JÚNIOR, foi além do previsto na LAP, ao assentar a possibilidade de responsabilização de terceiro que se beneficie sob qualquer forma (direta ou indireta) dos atos tidos como ímprobos. Beneficiário direto, por certo, é aquele que obtém qualquer espécie de vantagem como decorrência imediata da prática do ato de improbidade. O indireto, por sua vez, pode ser tido como aquele que se aproveita reflexa ou indiretamente do ato de improbidade, sofrendo repercussões positivas na órbita de seus interesses a partir da prática do ato de improbidade²⁸.

Examinando o dispositivo em tela GARCIA e ALVES²⁹ assinalam que a ação do terceiro passível de ser sancionada nos termos da LIA pode se desenvolver em três ocasiões distintas, a saber: (a) o terceiro desperta no agente público interesse em praticar o ato de improbidade, induzindo-o a tanto; (b) o terceiro concorre para a prática do ato de improbidade, participação esta que pode consistir na divisão de tarefas com o agente público ou na mera prestação de auxílio material, o que importa em atividade secundária que visa a facilitar o atingimento do fim visado pelo agente; ou, (c) o terceiro não exerce qualquer influência sobre o *animus* do agente ou presta qualquer contribuição à prática do ato de improbidade, limitando-se em se beneficiar, de qualquer forma direta ou indireta, do produto do ilícito.

Há que se ter presente, aqui, que o foco da responsabilização pela prática dos atos de improbidade é o agente público. Por esta razão, o particular somente responderá por atos de improbidade administrativa quando aderir, de alguma forma (participação, induzimento, colaboração), à conduta do agente público, entendimento este que é albergado, inclusive,

28 MARTINS JÚNIOR, op. cit., p. 320-321.

29 GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 234.

pela jurisprudência pátria³⁰. É dizer, portanto, que a incidência da Lei de Improbidade Administrativa tem como pressuposto a atuação, no evento ilícito, de pelo menos um agente público, nos termos do que previsto no art. 1º e 2º da LIA, sendo que inexistindo, sob a ótica do particular, conduta e (co)participação intencional, voluntária, consciente e predeterminada no evento, afastada está, em relação a ele, a sanção por ato de improbidade administrativa³¹.

Por consequência, particular agindo isoladamente, ainda que causando prejuízo ao erário ou enriquecimento ilícito, não cometerá improbidade administrativa, mas qualquer outra forma de ilícito que poderá atrair a incidência de outras normas de responsabilização, notadamente a civil ou penal.

Seguindo esta linha, outro aspecto que precisa ser destacado é que o art. 3º da LIA traz a expressa ressalva de que as disposições previstas nesta lei são aplicáveis, no que couber, aos terceiros. Ainda que assim esteja expresso na norma em tela, esta ressalva parece decorrer do próprio sistema punitivo da LIA, pois, exemplificativamente, aquele que não se apresenta como agente público não pode ser penalizado com a perda do cargo ou função pública, muito embora possa ser chamado a reparar eventuais danos, assim como pode ter seus direitos políticos suspensos ou, ainda, ser impedido de contratar com o poder público.

Assim, ao terceiro que intencional, consciente e de forma pré-determinada adere a uma das condutas previstas na LIA, pode ser aplicada toda e qualquer cominações que seja compatível com sua condição, a ele sendo aplicáveis, inclusive, todas as normas procedimentais e materiais previstas na LIA e que apresentam a compatibilidade com a sua condição de não agente público.

Por fim vale assinalar, como observam GARCIA e ALVES³², e isso amparados em precedentes jurisprudenciais, que as pessoas jurídicas, enquanto sujeitas de direito e possuindo personalidade jurídica própria e distinta das pessoais jurídicas que concorrem para a sua criação, podem figurar como terceiros na prática de atos de improbidade administrativa, o que pode se verificar, por exemplo, com a incorporação ao seu patrimônio dos bens públicos desviados pelo agente ímprobo, importando lembrar, como assinala a jurisprudência do STJ, que como as pessoas jurídicas podem

30 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.155.992. Relator: Ministro Herman Benjamin. Acórdão publicado no Diário de Justiça de 01 jul. 2010. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 15 set. 2016.

31 JORGE, Flávio Cheim. Os particulares e a improbidade administrativa: um enfoque especial sobre o art. 3º da Lei 8.429/92. In: JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha; ALVIN, Eduardo Arruda (coordenadores). *Temas de improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 289.

32 GARCIA; ALVES, op. cit., p. 269-270.

ser beneficiárias de ato de improbidade, podem as mesmas figurar no polo passivo de uma demanda de improbidade, ainda que desacompanhada de seus sócios³³.

Nestas hipóteses, com mais razão ainda, eventual penalidade que a ela for aplicada deverá observar tanto a sua condição de terceiro, como, ainda, a sua condição enquanto pessoa jurídica.

Vencida a questão referente aos sujeitos que podem ser demandados através de ações judiciais pela prática de atos de improbidade administrativa cabe analisar, agora, a questão referente à natureza das consequências previstas no caso de procedência de uma ação judicial pela prática de ato de improbidade administrativa. E lançamos mão da expressão consequências, e não pena ou penalidade, pois os efeitos previstos para o caso de procedência desta ação são de várias naturezas, como aqui se tentará anotar.

Neste sentido, uma das primeiras observações que precisa ser feita é de que as consequências decorrentes da prática de atos de improbidade administrativa diferem-se das sanções de natureza penal, tanto que a própria Constituição, em seu art. 37, § 4º, assim o determina ao dispor 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 partir desta ressalva constitucional é permitido afirmar que as consequências previstas pela infração das normas que regem a probidade administrativa se apresentam como categoria autônoma e, como pontua CARVALHO FILHO³⁴, apresentam uma natureza dúplice, de cunho político (suspensão dos direitos políticos) e de natureza civil (indisponibilidade de bens, ressarcimento de danos e perda de função pública).

E esta duplicidade levou o STJ a afirmar, em julgado de relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki, que as consequências pela prática de ato de improbidade e administrativa possuem natureza político-civil, muito embora com alguma identidade com as sanções penais, seja quanto à sua função (que é punitiva e com finalidade pedagógica e intimidatória, visando inibir novas infrações), seja quanto ao conteúdo, por não haver diferença entre a perda da função pública ou a suspensão dos direitos políticos ou a imposição de multa pecuniária, quando decorrente de ilícito penal e de ilícito administrativo³⁵.

33 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 970.393*. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Acórdão publicado no Diário de Justiça de 29 jun. 2012. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 09 set. 2016.

34 CARVALHO FILHO, op. cit., p. 988.

35 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.163.643*. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Acórdão publicado no Diário de Justiça de 30 mar. 2010. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 21 set. 2016.

Com estas constatações observa-se que as ações de improbidade administrativa apresentam, por assim dizer, um conteúdo e objeto misto, na medida em que se prestam tanto para a punição e a prevenção dos ilícitos catalogados pela legislação de improbidade (Lei nº 8.429/92)³⁶, como para alcançar o ressarcimento dos danos porventura sofridos pelo Estado, a revelar, também, o conteúdo civil das pretensões deduzidas nas ações desta natureza.

Nesta ordem de ideias e sintetizando o art. 12 da LIA, a condenação pela prática de ato de improbidade administrativa pode levar às seguintes consequências: (a) perda da função pública, (b) suspensão dos direitos políticos, (c) perda de bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, (d) ressarcimento de dano ao erário, (e) multa civil, (f) proibição de contratar com o Poder Público, (g) proibição de receber benefícios ou incentivos fiscais e (h) proibição de receber benefícios ou incentivos creditícios.

Feita esta síntese o que se pode perceber é que nem todas estas consequências possuem a natureza de sanção jurídica. A este propósito OLIVEIRA, ao comentar o rol das consequências previstas na matriz constitucional da Lei de Improbidade Administrativa (art. 37, § 4º, da Constituição³⁷) refere que em rigor técnico, descortinando o conceito de sanção jurídica em função do caráter punitivo do provimento jurídico, assumem tal caráter apenas a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos, pois o teor reparatório do provimento de ressarcimento do dano ao erário, bem como o teor cautelar da ordem de indisponibilidade de bens retiram dessas medidas gravosas a fisionomia sancionatória³⁸.

A partir desta observação e cotejando-a com o rol de consequências que podem advir da condenação pela prática de ato de improbidade administrativa e antes referido, podem as mesmas, de acordo com sua função, ser classificadas basicamente em dois grupos: o primeiro, agrupando consequências com finalidade de reparação dos prejuízos causados ao patrimônio público (restituição do patrimônio público ao estado anterior da prática do ato de improbidade administrativa), englobando, pois, a medida de ressarcimento de dano ao erário, e um segundo grupo que envolve todas as demais consequências previstas no art. 12 da LIA, as quais não envolvem especificamente a restituição das coisas ao seu estado anterior, mas sim, impõe uma medida de caráter sancionatório, muito

36 O que é alcançado, por exemplo, com a aplicação de penalidades como perda de função pública ou imposição de pena de multa.

37 § 4º 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.

38 OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum. 2009. p. 296.

embora possa ter expressão econômica, como é o caso da perda de bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio ou, então, a multa civil.

Dito de outra forma, a condenação pela prática de ato de improbidade administrativa pode resultar na aplicação das sanções de perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, perda de bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, multa civil, proibição de contratar com o Poder Público, proibição de receber benefícios ou incentivos fiscais e proibição de receber benefícios ou incentivos creditícios e, se caracterizado dano ao erário, poderá resultar na determinação de restituição do patrimônio público ao estado anterior da prática do ato de improbidade administrativa através da determinação para ressarcimento do dano ao erário.

Feitas estas ponderações, duas observações se lançam. A primeira delas, e que acaba por relacionar as duas questões tratadas neste tópico, é que consequências ora examinadas (sanções e medidas reparatórias) podem ser aplicadas a todos aqueles que figuram como réus em ações judiciais pela prática de ato de improbidade, inclusive aos terceiros que não ostentem a condição de agente público, com a observação de que a sanção ou medida reparatória deverá ser compatível com a condição do réu condenado (*v.g.* e por decorrência lógica e inclusive impossibilidade material, a perda de cargo só pode ser aplicada a agente público).

Segunda observação é quanto à cumulação, ou não, das sanções e medidas reparatórias aqui referidas, discussões estas que se inauguraram já quando do advento da LIA.

Parte desta discussão, no entanto, parece ter sido esvaziada com o advento da Lei nº 12.190/09, a qual alterou o *caput* do art. 12 da LIA, dispondo expressamente que “independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato”.

Observa-se, pois, que o legislador de 2009 deixou bem claro que as sanções constantes na Lei de Improbidade Administrativa podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente e dependem da gravidade do fato³⁹.

O questionamento que surge, então, é com relação a quais os critérios que deverão ser adotados para aplicação cumulada ou isolada das penalidades.

39 ALVIM, Eduardo Arruda. Breves considerações sobre as sanções da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92). In: FARIAS, Cristiano Chaves de; OLIVEIRA, Alexandre Albagli; CHIGNONE, Luciano Taques (organizadores). *Estudos sobre improbidade administrativa em homenagem ao professor J.J. Calmon de Passos*. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 222.

Certamente a gravidade da conduta e dos seus resultados serão os vetores a nortear a aplicação das penalidades, as quais deverão guardar proporcionalidade.

Neste propósito MELLO⁴⁰, após analisar as penalidades específicas previstas na Lei de Improbidade Administrativa, bem como os critérios possíveis para a dosimetria das penalidades, conclui ser cabível e imprescindível a adoção do princípio da proporcionalidade para integrar as lacunas da LIA, de modo a possibilitar que as reprimendas sejam adequadas e compatíveis com a finalidade da norma jurídica e, bem assim, para resguardar as garantias e os direitos fundamentais do cidadão.

MARCELO FIGUEIREDO⁴¹ também traz importante observação quanto ao tema:

Ainda aqui, mostra-se adequado o estudo a respeito do princípio da proporcionalidade, a fim de verificarmos a relação de adequação entre a conduta do agente e sua penalização. É dizer, ante a ausência de dispositivo expresso que determine o abrandamento ou a escolha das penas qualitativa e quantitativamente aferidas, recorre-se ao princípio geral da razoabilidade, ínsito à jurisdição (acesso à Justiça e seus corolários). Deve o Judiciário, chamado a aplicar a lei, analisar amplamente a conduta do agente público em face da lei e verificar qual das penas é mais “adequada” em face do caso concreto. Não se trata de escolha arbitrária, porém legal. Assim, parece demais e arbítrio aplicar-se a pena de perda da função pública ao servidor que culposamente dispensar indevidamente dada licitação (art. 10, VIII, última parte, da lei). Fere a lógica jurídica e a razoabilidade punir-se com a perda de cargo, suspensão de direitos políticos de 5 a 10 anos, servidor que, mediante conduta culposa (v.g., erro material involuntário comprovado), conclui indevido o processo licitatório. Poder-se-ia cogitar de eventual ressarcimento de dano (se houver) e multa; nada mais.

Ainda quanto ao tema ZAVASCKI⁴² observa que têm razão os que recomendam um juízo mais flexível, baseado no princípio da proporcionalidade, apto a conter os excessos eventualmente decorrentes da aplicação da pena, advogando, assim, a necessária individualização

40 MELLO, Ruy Nestor Bastos. Aplicação e dosimetria das sanções na Lei de Improbidade Administrativa. In: DOBROWOLSKI, Samantha Chantal (coordenadora). *Questões práticas sobre improbidade administrativa*. Brasília: ESMPU, 2011. p. 184-212.

41 FIGUEIREDO, op. cit., p. 136.

42 ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 122-125.

da pena, a exemplo do que ocorre no processo penal, o que autoriza, por exemplo, agravamento das penas em caso de concursos de infrações.

E a jurisprudência tem comungado deste entendimento, afirmando que a aplicação das penalidades previstas no art. 12 da Lei nº 8.429/92 exige que o magistrado considere, no caso concreto, a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo réu, sendo preciso analisar a razoabilidade e a proporcionalidade em relação à gravidade do ato ímprobo e à cominação das penalidades, as quais podem ocorrer de maneira cumulativa ou não⁴³, podendo o magistrado, mediante adequada fundamentação, fixar as penas e dosá-las segundo a natureza, a gravidade e as consequências da infração⁴⁴.

Este juízo de proporcionalidade, portanto, é o traço que deve guiar a dosimetria das penas, assim como a aplicação, cumulada, ou não, dessas penalidades.

Estas considerações são suficientes para corroborar as afirmações iniciais acerca da complexidade das ações judiciais que tem por escopo a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, passo inicial para a morosidade processual nesta matéria, como também já aventado.

Então, o que pode ser feito para acelerar o trâmite destas ações, especialmente para a efetivação das sentenças? A este questionamento outros são acrescentados: considerando o sistema recursal trazido pelo NCPC, é admitida, em sede de ações judiciais pela prática de atos de improbidade administrativa, a ocorrência de trânsito em julgado parcial da sentença? E qual é a consequência quando o recurso for parcial ou, no caso de multiplicidade dos réus, só um ou alguns recorrerem?

No próximo tópico tentaremos desenvolver respostas para estes questionamentos.

3 O SISTEMA RECURSAL DO NOVO CPC, O TRANSITO EM JULGADO PARCIAL E CUMPRIMENTO IMEDIATO DA SENTENÇA

A questão referente ao cumprimento da sentença durante a pendência de recurso, inclusive nos casos de interposição de recurso parcial (transito em julgado parcial da sentença), é questão que há muito provoca discussão

43 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 149.487*. Relator: Ministro Humberto Martins. Acórdão publicado no Diário de Justiça de 29 jun. 2012. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 11 set. 2016.

44 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.291.401*. Relator: Ministra Eliana Calmon. Acórdão publicado no Diário de Justiça de 26 out. 2013. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 09 set. 2016
BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.216.168. Relator: Ministro Humberto Martins. Acórdão publicado no Diário de Justiça de 04 out. 2013. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 09 set. 2016.

na doutrina e na jurisprudência, e certamente não restará pacificada com o advento no NCPC.

Sem embargo, nos parece que os primeiros passos para a construção de uma aceitável solução para a querela podem ser extraídos das observações de DINAMARCO quanto ao que a doutrina nomina de capítulos da sentença:

Cada capítulo do decisório, quer todos de mérito, quer heterogêneos, é uma unidade elementar autônoma, no sentido de que cada um deles expressa uma deliberação específica; cada uma dessas deliberações é distinta das contidas nos demais capítulos e resulta da verificação de pressupostos próprios, que não se confundem com os pressupostos das outras. [...] Definem-se, portanto, capítulos de sentença, diante do direito positivo brasileiro e dessas considerações, como unidades autônomas do decisório da sentença. É no isolamento dos diversos segmentos do decisório que residem critérios aptos a orientar diretamente a solução dos diversos problemas já arrolados, quer no tocante aos recursos, quer em todas as demais áreas de relevância, já indicadas⁴⁵.

E ao se referir sobre a repercussão da teoria dos capítulos de sentença no sistema recursal leciona que:

[...] estando a sentença estruturada em capítulos, e cada qual recebendo julgamento de determinado teor, segue-se que “se a sentença lhe for parcialmente desfavorável, poderá o apelante impugnar, com a apelação, todos os capítulos que lhe foram desfavoráveis, ou parte deles, mas sua apelação será sempre parcial”. Ou seja, será sempre dimensionada pelo interesse em remover o que de desfavorável houver na sentença⁴⁶.

Dito isto de outra forma, a sentença que julga o processo, e isto também ocorre nos casos de ações judiciais pela prática de atos de improbidade administrativa, pode conter várias unidades ou parcelas autônomas, com fundamentos fáticos e jurídicos próprios, de sorte que a solução de uma delas poderá não afetar as demais, assim como o recurso interposto em relação a uma delas não atingirá as demais. E estas unidades ou parcelas autônomas da sentença (e da própria AIA) podem se referir a fatos ou conteúdo da ação, que poderia ser nominada de autonomia material

45 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de Sentença*. São Paulo: Malheiros, 2009. p 34-35.

46 *Ibidem*, p. 104.

ou objetiva, ou então aos sujeitos do processo, que poderia ser nominada de autonomia subjetiva⁴⁷.

Esta visualização da variedade de conteúdo e de atores processuais (especialmente réus) nas ações judiciais pela prática de atos de improbidade administrativa, permitindo, por consequência, a visualização da existência das unidades ou parcelas autônomas na sentença que julga estas complexas ações, é importante, especialmente se pensarmos na necessidade de se assegurar a efetividade da tutela jurisdicional nestas ações, o que, em parte, pode ser incrementada com o cumprimento, ainda que parcial, das sentenças enquanto pendentes de julgamento os recursos contra ela interpostos.

Analisando esta questão sob a ótica no Novo Código de Processo Civil, o primeiro aspecto que merece destaque diz respeito ao alcance de eventuais recursos. É que conforme expressamente dispõe o seu art. 1.002, a decisão pode ser impugnada no todo ou em parte. Dentre as várias consequências que decorrem deste dispositivo, talvez a mais importante seja a possibilidade de ocorrência de trânsito em julgado parcial da sentença. Dito isto de outra forma, é a extensão do recurso que determinará a ocorrência, ou não, de trânsito em julgado parcial, caminho para cumprimento definitivo desta parcela da sentença⁴⁸.

Neste sentido merece ser referida a doutrina de MEDINA⁴⁹:

Havendo recurso de apenas parte da decisão, aquilo que não se impugnou torna-se imputável, não podendo mais ser impugnável (salvo se ocorrer efeito expansivo objetivo, cf. comentário ao art. 1.008 do CPC/2015). Assim, por exemplo, tratando-se de sentença sobre dois pedidos autônomos, a ausência de apelação contra um deles faz com que se opere a coisa julgada; tratando-se de decisão interlocutória

47 Nada obstante, é importante frisar que a simplicidade de uma demanda, seja quanto ao seu conteúdo (um fato, um fundamento jurídico e um só pedido, por exemplo), seja quanto aos sujeitos do processo (só um autor e só um réu) pode fazer com que inexista esta divisão da sentença (e da própria ação judicial) em capítulos ou parcelas autônomas.

48 Cumpre fazer a observação que o trânsito em julgado parcial da sentença ora referido não se confunde com o julgamento antecipado parcial do mérito tratado no art. 356 do NCPC. Ademais disso, as questões decididas quando do julgamento antecipado parcial do mérito podem ser questionadas via agravo de instrumento, em relação ao qual também é aplicável o comando do art. 1002 do NCPC. Dito de outra forma, em caso de julgamento antecipado parcial do mérito pode ser interposto recurso parcial, com o que se formaria coisa julgada parcial e que autorizaria o cumprimento em definitivo desta parte da decisão. Nesta caso, com relação a parte recorrida também se admite cumprimento imediato, todavia em conformidade com os comandos trazidos no próprio art. 356 do NCPC. Nesta situação hipotética pode haver, pois, o fracionamento da execução, uma parte desde já com os caracteres de execução definitiva em razão do trânsito em julgado parcial da decisão, e outra parte como execução provisória em conformidade com o § 2º do art. 356 do NCPC.

49 MEDINA, José Miguel García. *Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1366.

sobre duas questões autônomas, a ausência de agravo em relação a uma delas (desde que ambas sejam impugnáveis por esse recurso, cf. art. 1.015 do CPC/2015) dá ensejo à preclusão, em relação a que não foi objeto do recurso.

Com um exemplo hipotético tentaremos ilustrar esta situação de trânsito em julgado parcial. Suponhamos que em uma AIA é questionada a prática de dois atos de improbidade administrativa no bojo de dois contratos administrativos do Município X, contratos estes que quanto ao objeto e procedimento licitatório não guardam nenhuma relação entre si. A única coincidência fática é que os dois contratos administrativos eram fiscalizados pelos servidores públicos A e B, e tinham como contratada a empresa C. A sentença de 1º grau julgou procedente a ação trazendo as seguintes cominações: (a) condenou os servidores A e B à perda do cargo público; (b) condenou os servidores A e B e a empresa C, solidariamente, a ressarcirem aos cofres públicos a importância hipotética de 500 mil reais; (c) condenou os servidores A e B e a empresa C, solidariamente, ao pagamento de multa civil que alcançou o valor de 100 mil reais; (d) proibiu a empresa C de firmar contratos com o Poder Público por 5 anos.

Contra esta sentença apenas o servidor B interpôs recurso de apelação questionando somente a multa fixada. Como tese principal alegou que diante da pouca gravidade dos fatos não é cabível a fixação da multa e, como tese subsidiária, alegou a excessividade da mesma. Ou seja, na hipótese aventada o recurso hipotético é apenas contra uma das penalidades aplicadas, a qual foi marcada como sendo excessiva. Nesta hipótese, pois, diante da limitação material ou objetiva do recurso de apelação, sobre as questões não tratadas na súplica dar-se-ia a preclusão, com a consequente ocorrência do trânsito em julgado, autorizando, por isso, a execução em definitivo da sentença relativamente a parte não recorrida (no caso hipotético execução das seguintes penalidades: (1) condenação dos servidores A e B à perda do cargo público; (2) condenação dos servidores A e B e a empresa C, solidariamente, a ressarcirem aos cofres públicos a importância hipotética de 500 mil reais; (3) proibição da empresa C de firmar contratos com o Poder Público por 5 anos).

Mais uma observação precisa ser feita quanto a este caso hipotético, bem como ao tema de fundo aqui tratado. Como se aventou quando da formulação do exemplo, houve condenação solidária dos servidores A e B e da empresa C ao pagamento de multa civil. E no recurso contra este tópico da sentença, também como aventado no exemplo, teria sido alegado o não cabimento da multa, alegação esta que, se eventualmente acolhida, expungiria dita penalidade do mundo jurídico, consequência

esta que alcançaria a todos os envolvidos no processo, em conformidade com o disposto no art. 1005 do NCPC (Art. 1.005. O recurso interposto por um dos litisconsortes a todos aproveita, salvo se distintos ou opostos os seus interesses.).

Cabe assinalar, por fim que nesta situação hipotética a execução da pena de perda do cargo dos servidores A e B antes do trânsito em julgado da decisão final no processo de conhecimento da AIA não representaria contrariedade ao art. 20, *caput*, da Lei de Improbidade Administrativa⁵⁰. Isto porque a formação da coisa julgada em sede de ação judicial pela prática de ato de improbidade administrativa, inclusive com a admissão de trânsito em julgado parcial da sentença, obedece às especificidades previstas no regramento processual civil, notadamente o Novo Código de Processo Civil.

A consequência disto é que toda e qualquer cominação trazida na sentença de procedência da ação judicial pela prática de ato de improbidade administrativa que for alcançada pelo trânsito em julgado parcial pode (e deve) ser executada de imediato, ainda que penda de julgamento recurso parcial contra outros aspectos da sentença.

4 CONCLUSÃO

As ações judiciais pela prática de atos de improbidade administrativa, pelo seu objeto, pelas características das pessoas que podem figurar no polo passivo, e inclusive pelos aspectos das penalidades e medidas compensatórias que podem decorrer da sua procedência, são ações vocacionadas a terem um trâmite processual moroso e que pode conduzir à pouca efetividade da tutela jurisdicional.

A concessão e o cumprimento de medidas de natureza urgente, assim como o cumprimento provisório das sentenças condenatórias podem trazer resultados benéficos, especialmente para assegurar a efetividade do processo. São medidas cabíveis, principalmente porque estamos tratando de uma ação judicial destinada a proteger o patrimônio da coletividade e o direito fundamental à boa administração, de titularidade coletiva. O regime destes aspectos, todavia, desafia escrito próprio.

Aqui, o que se destaca é que o regime recursal no NCPC é aplicável às ações judiciais pela prática de atos de improbidade administrativa, se admitindo, por isso, a formação de coisa julgada parcial, fenômeno este que dependerá da existência de partes ou capítulos autônomos na sentença condenatória (seja autonomia material ou objetiva, seja autonomia subjetiva),

⁵⁰ Art. 20. A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória.

bem como da extensão dos recursos interpostos. A consequência disto é o cabimento, durante a pendência do julgamento de recurso parcial, de pedido de cumprimento definitivo das cargas condenatórias não recorridas ou não atingidas por eventual efeito expansivo dos recursos apresentados.

Ademais, e respeitadas eventuais opiniões em sentido contrário, a não admissão da ocorrência do trânsito em julgado parcial da sentença em sede de AIA, com a consequente execução parcial e definitiva da sentença, permitiria uma indevida procrastinação na efetivação de um provimento judicial já definitivo que tenta assegurar a recomposição do patrimônio público e o respeito ao direito fundamental à boa administração injustamente lesado por atos de improbidade administrativa, com evidente prejuízo à celeridade e a efetividade do processo, vetores estes que devem nortear toda e qualquer demanda judicial, até por força do imperativo constitucional trazido no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição.

O desafio que surge se volta aos operadores do direito, especialmente aos autores de ações judiciais pela prática de atos de improbidade administrativa, a quem compete identificar a eventual ocorrência de trânsito em julgado parcial de sentenças condenatórias e, em isto ocorrendo, pleitear o seu cumprimento definitivo, proceder este que caminhará em direção da celeridade e efetividade da tutela jurisdicional, vetores estes que, como antes referido, em ações judiciais pela prática de atos de improbidade administrativa, assim como em outras ações destinada a combater feitos corruptos, são peças indispensáveis para a construção e consolidação de um sistema judicial e de aplicação da lei honesto e capaz, fundamento este para a formatação de um sistema minimamente adequado e efetivo para controle e combate da corrupção e outras ilegalidades contra o patrimônio da coletividade.

REFERENCIAS

ALVIM, Eduardo Arruda. Breves considerações sobre as sanções da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92). In: FARIAS, Cristiano Chaves de; OLIVEIRA, Alexandre Albagli; CHIGNONE, Luciano Taques (organizadores). *Estudos sobre improbidade administrativa em homenagem ao professor J.J. Calmon de Passos*. Salvador: JusPodivm, 2012.

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

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CUNHA, Ageu Florêncio da. A aplicação da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos. In: DOBROWOLSKI, Samantha Chantal (coordenadora). *Questões práticas sobre improbidade administrativa*. Brasília: ESMPU, 2011.

DE OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Efetividade e processo de conhecimento. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito-PPGDir/UFRGS*, Porto Alegre, v. 2, n. 4, p. 405-418, 1999.

DECOMAIN, Pedro Roberto. Improbidade administrativa e agentes políticos. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; OLIVEIRA, Alexandre Albagli; CHIGNONE, Luciano Taques (organizadores). *Estudos sobre improbidade administrativa em homenagem ao professor J.J. Calmon de Passos*. Salvador: JusPodivm, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de Sentença*. São Paulo: Malheiros, 2009.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar*. São Paulo: Malheiros, 2009.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2009.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

JORGE, Flávio Cheim. Os particulares e a improbidade administrativa: um enfoque especial sobre o art. 3º da Lei 8.429/92. In: JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha; ALVIN, Eduardo Arruda (coordenadores). *Temas de improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LOPES, João Batista. As “antigas novidades” do processo civil brasileiro e a efetividade da jurisdição. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 157, p. 9-17, mar. 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Competência para Julgamento de Agentes Políticos por Ofensa à Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429, de 02.06.92). *Interesse Público IP*, Belo Horizonte, n. 42, ano 9, mar/abr 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=48897>>. Acesso em: 22 set. 2016.

_____. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Ruy Nestor Bastos. Aplicação e dosimetria das sanções na Lei de Improbidade Administrativa. In: DOBROWOLSKI, Samantha Chantal (coordenadora). *Questões práticas sobre improbidade administrativa*. Brasília: ESMPU, 2011.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ROSE-ACKERMAN, Susan. Economía política de las raíces de la corrupción: Investigación y políticas públicas. In: SANDOVAL, Irma Erendina (coordenadora) *Corrupción y transparencia*. Debatiendo las fronteras entre Estado, Mercado y Sociedad. México: Siglo XXI, 2009.

_____. *La corrupción y los gobiernos: causas, consecuencias y reforma*. Madri: Siglo Veintiuno, 2001.

TANZI, Vito. Corrupción sector público y mercados. Información Comercial Española, ICE: *Revista de economía*, Madri, n. 741, p. 9-23, maio 1995.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PRINCÍPIOS GERAIS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E ATUAÇÃO PROATIVA DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO (AGU)

***PRINCIPLES OF THE NEW CIVIL PROCEDURAL CODE AND
THE FEDERAL ATTORNEY GENERAL OFFICE (AGU) JUDICIAL
PROACTIVENESS***

Cesar Jackson Grisa Júnior¹

Advogado da União. Mestre em Direito Público pela UNISINOS. Especialista em Direito do Estado pela UFRGS. Professor de Direito Constitucional e Direito Processual Civil em cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Atuação proativa da Advocacia-Geral da União; 1.1 Aspectos e finalidades da atuação proativa da AGU; 2 O novo Código de Processo Civil brasileiro e seus princípios; 2.1 Redução da litigiosidade; 2.2 A boa-fé objetiva no processo civil; 2.3 A busca pela solução processual conciliada e mediada e os negócios jurídicos processuais; 2.4 A aplicação dos precedentes vinculantes e atuação proativa da AGU; 3 Conclusão; Referências.

¹ E-mail: <cesar.grisajr@hotmail.com>

RESUMO: Diante da vigência do novo código de processo civil, é necessário analisar seus princípios para situar a atuação proativa da Advocacia-Geral da União nesse novo contexto. A atuação proativa da Advocacia-Geral da União deve estar preparada e em consonância com os novos desafios impostos pela lei processual inovadora e paradigmática já em vigor. O presente artigo quer colocar luz nas principais mudanças do novo código de processo civil, problematizando e posicionando a atuação proativa da AGU sobre cada uma delas. A inclusão de novos princípios que advém do novo paradigma processual faz surgir a necessidade de que a atuação proativa tenha posicionamento e dê efetividade ao que o código de processo civil delinea.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Civil. Princípios. Advocacia-Geral da União. Atuação proativa.

Abstract: With the validity of the new code of civil procedure, it is necessary to analyze its principles and understand the role of the proactive group of the Federal Attorney's General office in this new context. the proactive group of the Federal Attorney's General office must be prepared in accordance with the new challenges posed by the innovative and paradigmatic the new procedural law, already in effectiveness. This essay wants to put light on the main changes found in the new code of civil procedure, questioning and positioning the performance of the proactive group of the Federal Attorney's General office on each one of these changes.

KEYWORDS: New civil procedural code. Principles. Federal Attorney's General Office. Proactive group.

INTRODUÇÃO

O novo código de processo civil brasileiro, em vigor desde março de 2016, foi criado e pensado para mudar paradigmas procedimentais e culturais do direito processual nacional.

As ideias base do código são respostas às necessidades da realidade e do futuro do processamento das questões materiais judicializadas.

Essas ideias, agora transformadas em legislação que rege o devido processo legal na justiça brasileira, tem finalidades bem claras: redução da litigiosidade judicial e a exigência de boa-fé objetiva dos litigantes.

Para que se alcancem esses objetivos nada modestos diante da situação atual da proliferação de litígios, o código de processo civil lança mão de princípios que norteiam sua aplicação.

Para este artigo foram escolhidos apenas três pontos de abordagem, a fim de expor os desafios da atuação proativa da Advocacia-Geral da União (AGU) sob o Código de Processo Civil.

Esses pontos serão vistos tendo como pressuposto as finalidades que o código quer alcançar na prática, de maneira efetiva.

A atuação proativa da Advocacia-Geral da União usa do código de processo civil como base para agir, seja judicial, seja extrajudicialmente, na consecução de seus propósitos.

Na qualidade de representantes judiciais da parte autora nos processos judiciais os membros da AGU que atuam no proativo devem ter claros os princípios processuais que agora norteiam a solução dos litígios. E, além disso, devem aplicá-los e exigir que se apliquem esses princípios.

O respeito ao direito e a vontade de que ele atinja seus objetivos de pacificação e solução de problemas sociais são também objetivos da atuação proativa da AGU.

Desse modo, abordar-se-á os pontos acima mencionados, salientando sua importância para a atuação proativa da AGU.

1 ATUAÇÃO PROATIVA DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

A Advocacia-Geral da União (AGU), em janeiro de 2009, a partir da Portaria PGU15/2008², instituiu o funcionamento do seu Grupo Permanente de Atuação proativa.

Esse grupo teve e tem como finalidade efetivar, perfectibilizar, uniformizar e incrementar a atuação proativa da AGU desde então.

² ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. *Conheça o Grupo Permanente de Atuação Proativa da AGU*. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/203115>.

A ele foram designadas tarefas nada modestas ou simples como: ajuizar e atuar em ações de improbidade administrativa, de ressarcimento ao erário, execuções de títulos do Tribunal de Contas da União, entre outras.

Todas as competências foram voltadas a criar uma cultura – institucional e processual – de não mais permitir ou mesmo dar espaço à impunidade e a irresponsabilidade daqueles que lesam o Estado.

Durante seus mais de seis anos de funcionamento foram se agregando novas formas de atuação, todas na busca de mais efetividade na defesa do patrimônio público.

Como exemplo disso, pode-se citar o incentivo à conciliação judicial e extrajudicial como forma de prevenção e solução de litígios, evitando ajuizamentos ou encerrando processos.

A atuação proativa da AGU sempre pautou pela busca de um agir com ética e honestidade, bem como tem como princípios expressos, entre outros: a uniformidade de atuação, a eficiência e efetividade, a especialização e a atuação responsável.³

Assim agindo, o Grupo permanente já obteve reconhecimento nacional, como, por exemplo, o prêmio Innovare de 2011⁴, e tem aumentado os resultados de arrecadação de valores desviados do erário ano a ano, bem como atingido patamares de ressarcimento antes sequer pensados.

Mas mais importante que os resultados e os prêmios, é o fato de que os alguns dos princípios expressos da atuação proativa da AGU agora virem como finalidades e previsões legais do código de processo civil.

A AGU, em sua atuação proativa, tem muito o que aproveitar desse novo paradigma legal processual na sua busca de efetividade – como a conciliação, por exemplo- e no atingimento da atuação proativa responsável, que agora é exigência legal do código de processo civil que pune quem aciona a justiça de forma temerária ou infundada.

As atividades do grupo permanente, na defesa do patrimônio público, devem respeitar o que pretende o novo código de processo civil, fazendo efetiva a implantação de seus ideais.

A redução de litigiosidade, a atuação com boa-fé, o respeito aos precedentes na busca da efetividade processual sempre foram princípios da atuação proativa, mas o anterior código de processo civil, por ser uma norma com muitos vícios na sua execução nem sempre favoreciam a implementação e prática desses princípios.

3 ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. *Conheça o Grupo Permanente de Atuação Proativa da AGU*. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/203115>.

4 INSTITUTO INNOVARE. *Premiação categoria Especial. Edição do ano 2011*. Disponível em: <<http://www.premioinnovare.com.br/praticas/grupo-permanente-de-atuacao-pro-ativa-da-agu>>. Acesso em: 25 ago.2016..

Acredita-se que o código de processo civil novo é, também, um paradigma novo que deve ser pensado e aplicado como tal. Olhar e atuar sob o novo paradigma como se estivesse sob a legislação anterior apenas manterá a situação como está e vedará a evolução.

A atuação proativa da AGU é um instrumento para centrar forças na busca da recomposição dos desvios de maneira efetiva, mas para isso deve se soltar de eventuais amarras ou pensamentos burocráticos que insistem sistematicamente na proliferação da litigiosidade.

Ainda, a AGU deve estar preparada para que possa atuar na prevenção de litígios, bem como na uniformização do respeito aos precedentes, por exemplo. A atuação uniforme de instituição nacional deve ser regulamentada e solucionada de forma rápida e clara, pois essa é a única forma de atuação que fará com que se possa alcançar a eficiência.

Em realidade a instituição AGU e a sua atuação proativa ainda deve agregar instrumentos de tecnologia de informação e de pacificação de teses de atuação para a concretização dos ideais do código de processo civil de efetividade e boa-fé objetiva.

Os enunciados de súmula da AGU, e o posicionamento uniforme sobre a aplicação dos vários tipos de precedentes vinculantes trazidos no código de processo civil⁵ são formas de se adequar ao novo paradigma e dar segurança aos membros que atuam proativamente.

Para isso que, nesse artigo, expõem-se as questões mais importantes e amplas do código de processo civil, contextualizando-as e problematizando-as com a atuação proativa da AGU, como se passará a fazer a seguir.

2 O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO E SEUS PRINCÍPIOS

O novo código de processo civil (CPC) trouxe muitas inovações e um sistema em que são expressamente previstos princípios que norteiam a sua aplicação.

Assim sendo, para o presente trabalho, foram escolhidos alguns deles, cuja aplicação influenciam diretamente a atuação proativa da AGU, sem prejuízo do estudo de outros pontos de forma mais apurada nessa mesma coletânea.

Toda a aplicação do novo código deve ser baseada nos princípios que dele emanam, criando um verdadeiro novo sistema processual civil para nosso país.

5 Incidentes de resolução de demanda repetitivas, súmulas, repercussão-geral, recursos repetitivos, Incidente de Assunção de competência e de Inconstitucionalidade.

Diante da gama extensa de modificações, escolheu-se os princípios da busca da solução mediada ou conciliatória, do comportamento com boa-fé objetiva processual, e do respeito aos precedentes vinculantes.

Todos esses princípios de aplicação têm como finalidade a redução da litigiosidade, a diminuição do tempo dos processos, e conseqüentemente, a maior efetividade no alcance dos direitos das pessoas envolvidas nos processos judiciais.

Uma difícil aplicação com vistas a esses ideais já se vislumbra, pois ao se trazer princípios e ideias centrais, abstrai-se a aplicação de uma regra, o que, em termos de regras procedimentais, traz ainda mais discussão.

Entretanto, pensa-se que a previsão desses princípios de conteúdo mais abstrato, alguns como verdadeira finalidade, vão auxiliar em muito na aplicação das regras processuais procedimentais novas, sobretudo para que elas superem o paradigma do código processual anterior, e a situação de fato em que se encontra o Poder Judiciário brasileiro e todos que com ele trabalham.

É o que sustenta Humberto Teodoro Júnior:

Assim, o Novo CPC somente pode ser interpretado a partir de suas premissas, *de sua unidade*, e especialmente de suas normas fundamentais, de modo que não será possível interpretar/aplicar dispositivos ao longo de seu bojo sem levar em consideração seus princípios e sua aplicação dinâmica(substancial).

Ademais, *não será possível analisar dispositivos de modo isolado*, toda a compreensão deve se dar mediante o entendimento pleno de seu sistema, sob pena de leituras apressadas e desprovidas de embasamento consistente.(grifo no original) ⁶

Diante dessa certeza de que devemos olhar o novo código de processo civil com conhecimento de causa, com estudo, bem como, e principalmente, com novos olhares, para que ele seja, de fato, uma novidade para o direito processual civil brasileiro.

Passa-se, adiante, para a abordagem dos pontos propostos para esse trabalho.

6 JUNIOR, Humberto Teodoro et al. *Novo CPC: Fundamentos e sistematização*. 2 ed. revista, atualizada e ampliada, Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.19.

2.1 Redução da litigiosidade

Nossa Constituição Federal, democrática e cidadã, reconheceu a inafastabilidade da apreciação jurisdicional sobre todo e qualquer litígio, conforme artigo 5º, XXXV⁷.

Essa máxima constitucional, e o uso do processo judicial pelos cidadãos brasileiros fizeram com que se atingisse em 2015 mais de cem milhões de processos judiciais ativos. Apenas para efeito de comparação, eram cerca de oitenta milhões em 2009, um incremento de 25% em cerca de meia década⁸.

Não existe limitação de acesso ao Poder Judiciário, o que é democraticamente um grande avanço consolidado desde 1988, mas, ao mesmo tempo, não existe uma explicação jurídica para a explosão de litigiosidade que ocorreu desde então, pois a taxa de crescimento de processos ativos só faz crescer sem uma base social ou econômica em que se possa ancorá-la (por exemplo: crescimento populacional, ou econômico).

A maior parte desses processos seguem o rito do direito processual civil, que, até março de 2016, era regido por uma lei do ano de 1973, com muitas reformas pontuais e não sistemáticas.

A baixa resolutividade processual diagnosticada foi o principal problema a ser combatido na comissão que estava preparando projeto de lei do novo código de processo civil.

Resolver a questão do aparente conflito entre celeridade/resolutividade versus segurança jurídica/efetividade foi o principal desafio enfrentado.

O processo civil é o caminho procedimental em que a maioria dos temas da atuação proativa da AGU será julgada, é a via judicial para a defesa do patrimônio público que é seu mister.

Na representação judicial da Administração Pública, o direito em questão, buscado no judiciário, refletirá em prol da sociedade com um todo, direta ou indiretamente. Essa atuação permanente da AGU busca efetivar direitos e criar uma cultura de respeito às leis e ao patrimônio público.⁹

Essa cultura também é o que quer novo CPC. Ele quer criar uma cultura de menos litígios, seja evitando-o com medidas conciliatórias ou de

7 BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 1 set. 2016.

“Art. 5º [...]XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;[...].”

8 CNJ-Conselho Nacional de Justiça. *Painéis*. Disponível em: <http://painéis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_1%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT>. Acesso em: 2 set. 2016.

9 ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. *Conheça o Grupo Permanente de Atuação Proativa da AGU*. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/203115>. Acesso em: 10 set. 2016.

mediação, seja respeitando as decisões prévias de mediação e arbitragem, seja diminuindo o espaço de litigiosidade dentro do processo.

E essa mentalidade deve ter também a atuação proativa da União. O novo código, por exemplo, entre outras medidas, suprimiu recursos, e previu expressamente que todos devem agir com boa-fé e lealdade. A primeira medida é eminentemente prática: menos recursos, menos litígio, menos contenda; e a segunda é de cunho cultural e valorativo: as partes e todos envolvidos devem ser leais, não usarem do processo para procrastinação, ou como meio de penalizar outras partes, ou de forma temerária, como uma aposta.

Todas as medidas tomadas no código de processo civil com este fim podem ser objeto de questionamentos e devem ser objeto de aprofundado estudo, mas o fato é que estão ali para isso, são o novo código de processo civil em sua essência, e sua aplicação não pode ser negada.

A atuação proativa da AGU, dada a sua amplitude nacional e sua presença em vários ramos judiciários e em praticamente todos os Tribunais do país, necessita se amoldar à nova realidade de uma forma, em especial, uniforme.

O primeiro dos pontos específicos que abordar-se-á a seguir é o boa-fé objetiva no novo código de processo civil.

2.2 A boa-fé objetiva no processo civil

O princípio da boa-fé objetiva há muito vem sendo tratado dentro direito civil, no que concerne às obrigações.

Contemporaneamente, foi trazido, também, para dentro do direito administrativo. Isso se dá porque, desde a vigência da lei 9784/99, foi inserido como dever da Administração Pública a lealdade e a boa-fé¹⁰ por influência do Professor Almiro do Couto e Silva.

A boa-fé está prevista em inciso de lei que demonstra que se trata de um padrão objetivo, qual seja, o padrão de probidade/honestidade/lealdade.

E assim o fez, também, expressamente o artigo 5º do novo CPC:

Art. 5º-Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.¹¹

10 “Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.[...]”

[...] IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;[...]” (lei 9.784/99)

11 BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>.

Veja-se que o texto legal existe exatamente porque ele é uma novidade e é um princípio, e que vem para alterar a situação atual.

Este artigo existe exatamente porque não raras vezes os envolvidos nos processos judiciais agem de má-fé, ou com deslealdade, usando do processo para solucionar questões outras que não o litígio levado ao judiciário.

Assim, assinala o autor referenciado:

Reconhecendo-se a Constituição como a justificadora da presença da boa-fé objetiva em todo o sistema normativo atual, a consequência natural e lógica é que o Poder Judiciário, seus agentes e as partes envolvidas no procedimento em contraditório não escapam da submissão ao “dever de agir de acordo com os padrões socialmente reconhecidos de lisura e lealdade”.

Andou bem, portanto, o novo CPC quando inseriu entre as “normas fundamentais do processo civil” o dever de todos os que atuam em juízo de “comportar-se de acordo com a boa-fé” (art.5º).¹²

O processo deve ser lugar de atuar com lisura, honestidade, transparecidos por atos objetivos que demonstrem esta atuação.

Como se pode imaginar, a atuação proativa da AGU, por envolver matérias das mais variadas, procedimentos dos mais diferentes e unidades de diversos lugares, exige uniformidade como uma necessidade para se alcançar esta atuação com boa-fé.

Explica-se: dada sua natureza de atuação, a AGU não pode agir de forma não uniforme em questões e processo idênticos ou similares, sob pena de estar beneficiando ou prejudicando determinada parte processual. A aplicação dos normativos internos e da técnica processual adequada é condição para que a atuação proativa da AGU seja de boa-fé.

E é isso que o Grupo permanente sempre quis implementar de fato, mas a falta de estrutura institucional da AGU no que concerne a sua atividade fim, por vezes, limita o atingimento dessa meta de atuação uniforme e mesmo o reconhecimento de qual seria, objetivamente, a maneira mais correta de atuação nos casos postos, sopesando o atingimento do objetivo de defesa do patrimônio e de posição de boa-fé objetiva processual.

Salienta-se, mais uma vez, que a boa-fé objetiva, surge como um dever de comportamento da Administração, sendo, agora extensivo expressamente a sua atuação processual.

¹² JUNIOR, Humberto Theodoro et al. *Novo CPC: Fundamentos e sistematização*. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.185.

Sobretudo na atuação proativa deve haver mais rigor e clareza na aplicação dos normativos que tratam de regras e condições para ajuizamento, acordos, reconhecimento de direito, prescrição do direito de agir, ou decadência administrativa. Esse arcabouço visa a segurança jurídica material, mas obviamente, também processual, ao prever regras sobre atuação ou não, ou sobre como vai atuar o proativo da AGU. E essa uniformidade está longe de ser uma rigidez.

Muito antes pelo contrário, deve ser pautada pela objetividade do alcance negativo, ou seja, deve ser clara sobre as matérias de não-atuação, não-ajuizamento, não-execução, não-cobrança, reconhecimento do direito, prescrição, decadência, etc, mas não engessar a busca pelo direito efetivamente querido pela atuação proativa.

E, além das leis, é exatamente essa uniformização de aplicação das normas que o administrado objetivamente tem como visualizar em relação ao comportamento processual do representante judicial. O administrado vai esperar o comportamento uniforme e normativo da atuação do estado brasileiro, através da AGU.

A boa-fé objetiva na atuação dos membros da AGU passa pelos princípios do grupo permanente de atuação proativa da AGU: uniformidade e especialização; ou seja, conhecimento técnico jurídico e das regras que regem a aplicação desse conhecimento.¹³

Desse modo, entende-se que o princípio da boa-fé objetiva processual deve ser sempre o mais importante na atuação proativa da AGU, pois ele, mais que proteger o patrimônio público indiretamente, protege o representante judicial e a instituição de ser taxada de agir de forma desleal processualmente.

Essa atuação honesta, correta, e seguindo o que se espera de uma instituição jurídica que defende a probidade é o que garantirá o reconhecimento de que existe boa-fé nos processos judiciais intentados pela AGU, ganhando ainda mais credibilidade na atuação.

Visto isto, ainda resta a análise de dois pontos principais do novo CPC, o que se fará a seguir.

2.3 A busca pela solução processual conciliada e mediada e os negócios jurídicos processuais

O novo CPC traz a solução consensual como um dos pontos principais na busca de uma decisão que terá maior efetividade – porque aceita pelas

¹³ ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. *Conheça o Grupo Permanente de Atuação Proativa da AGU*. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/203115>. Acesso em: 10 set. 2016.

partes – e que encerra definitivamente o litígio – pois do mérito de acordo não cabe recurso.

Essa busca de uma solução consensual autorizou, inclusive, a previsão de negócios jurídicos processuais, em que as partes podem, dentro de um espaço dado pela lei, estabelecer pontos do procedimento, em semelhança ao que se faz nos caso de arbitragem.

A AGU vem atuando, no contencioso, na busca da solução conciliada (Centrais de Negociação da PGU¹⁴), judicial e extrajudicialmente, tanto na atuação proativa, quanto na defesa da União.

Ainda, a AGU tem, junto ao seu consultivo, uma câmara de mediação e arbitragem para reduzir litígios entre entes públicos da Administração federal, a CCAF¹⁵.

A atuação proativa da AGU também tem normativo sobre conciliação e parcelamento de débitos, mas com margem de adaptação muito pequena e formalmente rígida. Alguns entraves burocráticos dos normativos internos, sem querer, acabam incentivando o litígio ao problematizar e burocratizar a conciliação, ao mesmo tempo em que não há maiores espaços de negociação autorizados.

Para problematizar a questão da busca de consensualidade, flexibilização de atuação e a Administração Pública, serve como ponto de partida a posição de Diego Franzoni e Isabella Moreira de Andrade Vosgerau:

A possibilidade de utilização de negócios jurídicos processuais pela Administração Pública também é reforçada pela invação da consensualidade no âmbito do direito administrativo. A ideia é de que a Administração não deve encarar a sua atividade de maneira inflexível e burocrática, como se tivesse apenas meios predispostos para o atingimento dos seus fins. Ao contrário, o limite que se colocaria à atuação da Administração seria a própria finalidade pretendida. Em outras palavras, se os atos da Administração atingem a finalidade pública quem em última análise limita toda a sua atuação, há liberdade de escolha dos meios (desde que lícitos). Abranda-se a aplicação inflexível da ideia de que a Administração somente poderia atuar conforme predisposto detalhadamente em lei.

Com isso, reforça-se a utilização de meios alternativos ao judiciário para a solução de litígios envolvendo a Administração, como a conciliação,

14 ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. *Centrais de negociação da PGU*. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/372174>. Acesso em: 25 set. 2016.

15 ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. *Câmara de Conciliação e Arbitragem da administração Federal - CCAF*. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/170561>. Acesso em: 22 set. 2016.

a mediação e a própria arbitragem. Afinal, a utilização de tais meios também possibilita o atingimento do fim pretendido (resolução do litígio). Indo além, o próprio reconhecimento pela Administração do direito de um particular num dado caso concreto também é coerente com essa ideia, na medida em que produz a necessária pacificação que possibilita o cumprimento das finalidades públicas pela Administração¹⁶

Esse posicionamento é o que busca uma Administração pública que age com boa-fé objetiva, em especial a processual. Ela evita o litígio e resolve a questão da forma mais segura e eficaz possível.

O direito, seja o administrativo, seja o processual civil atuais tem uma grande gama de meios de se buscar a efetividade da solução de conflitos pela Administração, esteja ela como titular de direitos, esteja ela na posição de demandada de direitos.

A atuação da AGU já é informada, por exemplo, por seus enunciados de súmulas e pareceres normativos, que prevêm várias situações de flexibilização da posição burocratizada e inflexível do direito administrativo brasileiro, remanescente do século passado.

Veja-se que a busca pela solução consensual não é uma total liberdade de agir administrativo, mas também não é uma rigidez dogmática da legalidade estrita.

Em sendo o direito dentro qual está inserida a Administração, dialético, democrático, fomentador das soluções consensuais, não será a Administração Pública que será proibida de agir para cumprir as normas desse ordenamento jurídico.

Explica-se: não faz sentido que se evolua no campo do direito processual com a flexibilização de entendimentos antes sedimentados e paradigmáticos, e que a atuação das partes envolvidas não acompanhem essa evolução.

A AGU vem trabalhando na criação da cultura interna da busca da decisão consensual, mas ainda muito presa à burocratização típica do direito administrativo clássico, com pouco espaço de negociação verdadeira, ou mesmo de atuação menos burocrática de seus membros.

Dependendo do tipo de normativo que se tem, melhor seria sua inexistência, pois muitas vezes, como salientado, inibe a feitura de acordos, seja porque a parte adversa tem muito pouco ganho (o que não é compatível com conciliação, em que as partes chegam a um novo termo), seja porque

16 FRANZONI, Diego; Vosgerau, Isabella. Negócios jurídicos processuais atípicos e a Administração pública. In: TALAMINI, Eduardo/DIDIER JR., Fredie (org) et al. *Processo e Administração Pública*. v. 10, Coleção Repercussões do Novo CPC. Salvador: Juspodium, 2016. p. 269.

o representante judicial da Administração tem que se submeter a um bom número de procedimentos de toda a forma burocratizados.

Não se quer uma atuação livre e discricionária da Administração, pois sabe-se que essa leva ao arbítrio e ao malferimento da impessoalidade, mas ainda existe espaço para evoluir na atuação proativa da AGU na efetivação de decisões consensuais.

A evolução passa por regramentos que dêem mais segurança aos representantes judiciais, assim como lhes dêem mais espaço para construir uma decisão consensual.

2.4 A aplicação dos precedentes vinculantes e atuação proativa da AGU

Nesse ponto talvez resida a maior novidade normativa do novo CPC: a transformação de determinados tipos de precedentes jurisprudenciais em vinculantes.

E, além disso, a criação de incidentes de resolução de demandas procedimentais para serem aplicados de forma vinculante.

Obviamente, essa vinculação vem acompanhada de normas de como se obtém uma decisão vinculativa, como se discute, e como se revisa a mesma.

Mas tudo isso vem com um objetivo: que a vinculação seja cumprida dentro do Poder Judiciário, dentro de um sistema em que, por exemplo, o julgador pode e deve julgar monocraticamente recursos de acordo ou contrário às decisões vinculantes, bem como deferir ou indeferir tutela de evidência com base em uma decisão vinculante.

Veja-se a explicação de Romão e Castro Pinto:

Dentro dessa nova sistemática com objetivo de garantir segurança jurídica, isonomia, perante as decisões judiciais e proteção da confiança legítima, a legislação vindoura impõe aos tribunais o dever de uniformizar entendimentos, mantê-los estáveis, íntegros e coerentes (art.926, do novo CPC). Instituir-se-á um sistema brasileiro de precedentes vinculantes, formados por dispositivos gerais estruturantes (art.926 ao 927 e 489 §1º, do novo CPC) e por instrumentos específicos, destinados à sua formação (incidente de resolução de demandas repetitivas e recursos especial e extraordinário repetitivos) e à sua aplicação (v.g. tutela de evidência, julgamento parcial do mérito, dentre outros)¹⁷

17 ROMÃO, Pablo Freire; CASTRO PINTO, Eduardo Régis Girão de . *Precedente judicial no novo Código de Processo Civil: tensão entre segurança e dinâmica do direito*. Curitiba: Juruá, 2015. p.97.

Aqui reside uma necessidade de grande alteração paradigmática da atuação da AGU, e não somente no campo da atuação proativa, mas como um todo.

Trata-se o sistema do novo código de uma vinculação obrigatória, cujo desrespeito pelo Poder Judiciário faz surgir a possibilidade do uso da reclamação como meio de corrigir desvios dessa vinculação.

Nesse novo panorama legislativo, a atuação proativa da União pode enfrentar, de fato, seu maior desafio, pois as decisões vinculantes não são passíveis, na forma em que postas no novo CPC, de alteração por recursos sobre elas mesmas, mas através de procedimentos próprios, quando objeto de incidentes, ou súmulas, por exemplo, ou pela superação do posicionamento jurídico no caso dos recursos repetitivos.

A atuação necessariamente terá que ter um canal vertical de comunicação e atuação da AGU. Decisões vinculantes atingirão diretamente o andamento de processo judiciais espalhados por todo o país. É exatamente isso que se quer.

A AGU é a maior instituição jurídica do país, e ela deve saber avaliar e ouvir suas unidades sobre os efeitos de uma decisão em um incidente de tribunal superior, ou um recurso repetitivo, para que se posicione por esse ou aquele entendimento de forma mais correta e mais afeta ao interesse público possível.

Não há como atuar nesses incidentes sem esta coordenação, sob pena de uma atuação isolada autorizar uma decisão vinculante que mais prejudica do que beneficia o interesse público defendido pela AGU.

E, entrando em questões específicas, muitas matéria jurídicas de grande vulto estão, hoje em dia, pendentes de julgamento em sede de repercussão geral ou recurso repetitivo e que gerarão grande impacto na atuação proativa da AGU. Como exemplo podemos citar a questão da prescrição ou não do ressarcimento via execução do Tribunal de Contas da União; a questão da aplicação ou não da lei de improbidade aos agentes políticos, entre outras.

A legislação processual é clara ao dizer que os novos precedentes do novo código não vinculam a Administração Pública no seu agir, mas, obviamente afeta a atuação dos seus representantes judiciais, que tentarão defender a correção dos atos da Administração no Poder Judiciário. E o Poder Judiciário, dentro do espectro de competência dos tribunais, está vinculado aos precedentes.

O estudo das questões e tese jurídicas que poderão virar precedentes, ou mesmo a proposição de incidentes visando a criação de um precedente, são matérias que a atuação proativa da AGU terá que enfrentar de forma ágil, restando à instituição a criação de um canal de interlocução vertical permanente entre suas unidade e membros.

Desse modo, são esses os pontos a serem aprofundados em outros artigos dessa coletânea, e que merecem a consideração e posicionamento de forma expressa pela atuação proativa da AGU.

O novo código de processo civil é e será novo por algum tempo ainda, pois a prática revela, infelizmente, que o paradigma anterior ainda não foi superado e a aplicação da já vigente lei processual, muitas vezes, está sendo feita com olhos no passado.

A AGU é uma instituição essencial à justiça e ao Estado brasileiro, e tem a obrigação de olhar e aplicar o novo da melhor maneira possível, com respeito aos seus princípios e às suas novas previsões para fazer de sua aplicação uma efetividade.

3 CONCLUSÃO

O novo código de processo civil veio, após longa tramitação, e após um ano de *vacatio legis*.

Como era de se esperar, trouxe várias mudanças, algumas concretizando posições já consolidadas pelos tribunais, outras totalmente novas. Algumas inovações ficaram pelo caminho, no tramitar ou mesmo durante o período de *vacatio*.

O certo é que o processo civil brasileiro precisava e precisa de mudanças. O processo judicial brasileiro hoje em dia, em um senso comum, é sinônimo de espera por uma decisão cujo conteúdo não é previsível.

O Poder Judiciário brasileiro é um grande responsável pela consolidação da democratização e do alcance à população dos direitos trazidos na Constituição de 1988. E, exatamente por isso, uma das consequências é a busca incessante pela justiça, sobretudo para corrigir atos administrativos, seja de natureza salarial, tributária ou previdenciária.

Desse modo, grande parte do fluxo processual tem como parte a Administração pública brasileira, cuja democratização e amoldamento aos princípios constitucionais ainda não foram totalmente implementados, e sua vocação burocrática ainda é a parte mais visível e sentida pela população.

E, no controle dessa mesma máquina administrativa, de seu patrimônio, dos atos dos seus agentes políticos e públicos, insere-se a atuação proativa da Advocacia-Geral da União.

Esta atuação, embora não seja nova, deve ser moderna, se coadunado e usando das ferramentas dessa nova lei processual.

A atuação proativa da AGU sempre teve como pilares a boa-fé, a lealdade, trazidos nos seus princípios de atuação uniforme, não-temerária e especializada.

O novo código de processo civil é uma legislação que traz uma nova maneira de ver o direito processual, com foco na resolução dos conflitos, na previsibilidade e isonomia da aplicação do direito.

Acredita-se que os novos princípios do direito processual brasileiro sejam muito úteis à atuação proativa da AGU, sendo um terreno fértil para sua consolidação e crescimento, com o incentivo da instituição.

A atuação proativa da AGU tem muito mais a ganhar com a modernidade do novo CPC, devendo aproveitar a oportunidade para ser um dos protagonistas na aplicação correta e efetiva do novo paradigma processual.

Finalmente, este trabalho tem como finalidade apenas trazer alguns apontamentos sobre as ideias principais de uma legislação que inaugura um novo sistema de aplicação de decisões judiciais, e que tem como sua grande finalidade, diminuir os litígios, dar segurança jurídica e celeridade aos que forem levados a cabo.

Que o grupo proativo da AGU seja um protagonista do novo CPC, o aplique de forma a buscar os seus objetivos, pois fazendo-o, estará não só cumprindo a lei, mas estará fazendo o melhor na busca da defesa e recomposição do patrimônio público.

REFERÊNCIAS

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. *Câmara de Conciliação e Arbitragem da administração Federal - CCAF*. Disponível em: http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/170561. Acesso em: 22 set. 2016.

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. *Centrais de negociação da PGU*. Disponível em: http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/372174. Acesso em: 25 set. 2016.

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. *Conheça o Grupo Permanente de Atuação Proativa da AGU*. Disponível em: http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/203115. Acesso em: 10 set. 2016.

CNJ-*Conselho Nacional de Justiça.Painéis*. Disponível em: http://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT. Acesso em 2 set. 2016.

BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/civil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 1 set. 2016.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 17 set. 2016.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Novo Código de Processo Civil: Principais Modificações*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. 311 p.

GIACOMUZZI, José Guilherme. *A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2002.

INSTITUTO INNOVARE. *Premiação categoria Especial*. Edição do ano 2011. Disponível em: <<http://www.premioinnovare.com.br/praticas/grupo-permanente-de-atuacao-pro-ativa-da-agu>>. Acesso em 25 ago.2016.

JUNIOR, Humberto Theodoro et al. *Novo CPC: Fundamentos e sistematização*. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2015. 423 p.

RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Desvendando o novo CPC*. 2. ed. revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. 214 p.

ROMÃO, Pablo Freire; CASTRO PINTO, Eduardo Régis Girão de . *Precedente judicial no novo Código de Processo Civil: tensão entre segurança e dinâmica do direito*. Curitiba: Juruá, 2015. 239 p.

TALAMINI, Eduardo; DIDIER JR., Fredie (org) et al. *Processo e Administração Pública*. v. 10, Coleção Repercussões do Novo CPC, Salvador: Juspodium, 2016. 616 p.



A SUPRESSÃO DO CONTRADITÓRIO PRELIMINAR NA LEI DE IMPROBIDADE: UMA MEDIDA CONTRA A CORRUPÇÃO OU CONTRA A EFICIÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA?

THE PROPOSED SUPPRESSION OF PRELIMINARY HEARINGS IN SUITS FOR MISCONDUCT IN PUBLIC OFFICE: A MEASURE AGAINST CORRUPTION OR A MEASURE AGAINST EFFECTIVE CASE MANAGEMENT?

Marco Antonio Perez de Oliveira
Mestre e Doutor em Direito Processual (USP)
Advogado da União (PRU/3ª Região)

SUMÁRIO: Introdução; 1 Em que consiste a proposta; 2 Ação de improbidade administrativa como processo complexo; 3 Gerenciamento da ação de improbidade: linhas gerais; 4 Julgamento sumário como instrumento de direção processual; 4.1 Um referencial estrangeiro: *case statement* e *summary judgment* no “Civil RICO”; 4.2 Fase preliminar na Lei de Improbidade; 4.3 A importância do contraditório específico; 5 Um ponto meritório: a redundância dos atos de comunicação; 6 Conclusão; Referências.

RESUMO: O artigo examina a proposta de supressão da fase preliminar das ações de improbidade administrativa proposta pelo PL 4.850/2016. Sustenta que, pretendendo restringir a defesa do réu, a iniciativa elimina um importante instrumento de direção processual.

PALAVRAS-CHAVE: Ação de Improbidade Administrativa . Proposta Legislativa. Defesa Preliminar. Gerenciamento do Processo. Citação.

ABSTRACT: The article examines the proposed suppression of preliminary hearings in suits for misconduct in public office, currently discussed in Statute Proposition nº 4.850/2016. It argues that, intending to curtail the defendant's means of defense, the initiative eliminates an important tool of case management.

KEYWORDS: Misconduct in Public Office Suits. Statute Proposition. Preliminary Hearings. Case Management. Summons.

INTRODUÇÃO

Encontra-se atualmente em debate na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 4.850/2016, apresentado pelo Deputado Federal Antonio Carlos Mendes Thame, e que tem por propósito declarado estabelecer “medidas contra a corrupção e demais crimes contra o patrimônio público” e combater o “enriquecimento ilícito de agentes públicos”. O projeto aportou ao Congresso após uma extensa campanha publicitária em meios de comunicação social patrocinada pelo Ministério Público Federal (“10 medidas contra a corrupção”), que recolheu assinaturas de apoio junto à sociedade civil sob esse mesmo mote reducionista, conferindo ao projeto um caráter plebiscitário que foi prontamente confirmado pelas críticas que a imprensa dirigiu ao mero fato de parlamentares da comissão especial na Câmara terem questionado alguns de seus muitos dispositivos¹ (o projeto tem 67 artigos e reformula diversos textos legais atualmente em vigor).

Esse fato desperta alguma preocupação, tendo em vista que a proposta envolve a interpretação mais flexível de garantias constitucionais, confere alguns poderes de discutível constitucionalidade a agentes estatais (como na pretendida disciplina do acordo de leniência em ação de improbidade) e em alguns pontos, como o singelo tema que nos propusemos a examinar neste espaço, sustenta soluções técnicas que simplesmente podem não ser as melhores. Em uma democracia representativa como a nossa, o Congresso Nacional é a instituição legitimada para o desenvolvimento de debates aprofundados sobre os temas de interesse da sociedade, e estaria declinando de suas responsabilidades constitucionais se se limitasse a cancelar as proposições legislativas de quem quer que seja. Estas breves linhas pretendem, nesse sentido, apresentar uma visão divergente e subsidiar a discussão em torno de um tema aparentemente menor na proposta: a fase de defesa prévia na ação de improbidade administrativa.

1 EM QUE CONSISTE A PROPOSTA

Muito embora entendamos que a análise preliminar da viabilidade da ação de improbidade interesse mais à administração da justiça do que à defesa do réu, consistindo em um importante instrumento de direção processual, a ênfase que a exposição de motivos deposita sobre o intento

¹ O jornal O Estado de São Paulo, por exemplo, publicou em 16.08.2016 a matéria “Comissão estuda afrouxar propostas anticorrupção”, adiantando já no título juízo de valor contrário à mera deliberação sobre o mérito das propostas pelos representantes eleitos da população brasileira. Na mesma data, referindo-se à rumorosa operação policial que investiga crimes de corrupção e lavagem de dinheiro praticados nos governos do Partido dos Trabalhadores, publicou o periódico que “Lava Jato está ‘atenta’ a movimentos no Congresso sobre 10 Medidas”, ecoando membro do Ministério Público Federal para quem “a expectativa é a aprovação do projeto anti-corrupção ‘de forma conjunta, sem muito espaço para desconfigurações”.

de “combater a impunidade” sugere que a intenção da proposta consiste em deslocar o atual ponto de equilíbrio entre a acusação e a defesa em benefício da primeira.

Ainda assim, deve se observar que o projeto elimina abertamente a possibilidade de um julgamento sumário da ação de improbidade como o que atualmente é previsto pelo art. 17, §§ 7º e 8º, da Lei nº 8.429/92. Isso se explica, provavelmente, por existir um razoável consenso na sociedade em torno de que a combinação entre o peso de uma ação de improbidade administrativa sobre a imagem dos réus e a profusão de demandas menos fundadas neste campo da prática processual civil tornam altamente conveniente que o mérito da demanda possa ser examinado nos estágios iniciais do processo, de modo que a admissibilidade de seu prosseguimento não fique limitada apenas ao exame de seus requisitos formais.

A estratégia empregada foi assim oblíqua: o que o texto pretende suprimir é a fase preliminar dedicada ao estabelecimento de um contraditório mais restrito e circunscrito exclusivamente sobre a questão da *justa causa* para a propositura e para o prosseguimento da ação de improbidade. Segundo o desenho do PL 4.850, portanto, o procedimento da ação de improbidade administrativa adquiriria os seguintes contornos: proposta e distribuída a demanda, o juiz despacharia a inicial e determinaria a citação do réu para apresentar a contestação, no prazo de 15 dias (a ser contado em dias úteis, *ex vi* do art. 219 do Código de Processo Civil). Essa peça de resposta deverá abranger toda a matéria de defesa, de maneira concentrada em uma única manifestação, que deve compreender em seu bojo tanto a impugnação à admissibilidade do processo como as demais matérias de defesa direta e indireta. Transcorrido o prazo, apresentada ou não defesa, o juiz deve decidir sobre a admissibilidade da ação de improbidade, tal como ocorre atualmente. E a partir de então o processo seguiria de acordo com o procedimento comum.

Sob essa perspectiva, o projeto consiste basicamente em tornar mais comprimido o procedimento da ação de improbidade administrativa. Sem eliminar a possibilidade de um julgamento sumário do pedido com base no mérito da causa, ele elimina a fase do contraditório voltada a essa finalidade específica, impondo uma diretriz de concentração da defesa e preclusões rígidas que é habitualmente considerada como adequada a processos de menor complexidade. As justificativas constantes da exposição de motivos sustentam que a fase de defesa prévia é dispensável, vez que o teor da defesa preliminar e da contestação tende a ser idêntico, e que o procedimento da improbidade é injustamente retardado pela exigência de dois atos de comunicação processual redundantes: a notificação para apresentação de defesa prévia e a citação para contestar. Como veremos

ao longo do texto, a primeira afirmativa não é exata, e a segunda consiste em um desvio na aplicação da lei vigente, que poderia ser contornado por uma intervenção menos profunda.

É de observar, fazendo aqui uma digressão, que não foram feitas adaptações visando a conciliar o procedimento com o procedimento comum do recente Código de Processo de 2015. Teria sido interessante afastar expressamente as dúvidas quanto ao cabimento da audiência de conciliação obrigatória do art. 334, incompatível tanto com o rito específico como com a natureza do direito material subjacente, bem como remeter o saneamento por regra ao sistema do art. 357, §3º (“saneamento compartilhado” em audiência). Retornemos ao tema, contudo.

2 AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA COMO PROCESSO COMPLEXO

Para que se possa discutir a conveniência – ou a inconveniência – de se estabelecer uma fase preliminar nas ações cíveis de responsabilização por improbidade administrativa, o primeiro passo que devemos dar é compreender o que existe de peculiar nesses processos, para que até hoje se lhe tenha dispensado uma atenção diferenciada. Apenas então é que poderemos refletir sobre a experiência acumulada com as opções legislativas vigentes, de modo a que possamos nos posicionar sobre o seu acerto ou desacerto, e neste último caso sobre a conveniência das alterações propostas.

Nesse sentido, as ações de improbidade administrativa apresentam-se na realidade forense como típicas hipóteses de processos complexos, assim entendidos como aqueles portadores de características que não se enquadram nas estruturas formais e materiais do contencioso rotineiro, em grau suficiente para comprometer a capacidade do sistema processual em proporcionar às partes uma resposta jurisdicional rápida, segura e econômica².

² A relação de inadequação entre as estruturas do processo e o caso em concreto nos parecem ser o elemento-chave para a formulação de uma definição funcional da complexidade processual, a partir da qual se estabeleçam medidas capazes de contornar as dificuldades associadas ao fenômeno. Para VICTOR FAIRÉN GUILLÉN, por exemplo, um processo é complexo “[...] quando aparece ou se desenvolve em circunstâncias atípicas da ou para a comunidade humana a qual está destinado a servir. Circunstâncias naturais ou provocadas de tal amplitude que produzem situações gerais graves e inclusive inesperadas, para as quais não servem os mecanismos e nem as técnicas dos processos ordinários”. (*Ensayo sobre procesos complejos: la complejidad en los litigios*. Madrid: Tecnos, 1991. p. 20). Já JAY TIDMARSH e ROGER TRANGSRUD sustentam que “causas complexas são aquelas nas quais as regras, teorias ou circunstâncias tornam impossível que o sujeito processual se desincumba de uma tarefa que nosso processo lhe atribuiu de maneira que assegure a resolução racional da disputa” (*Complex litigation: problems in advanced civil procedure*. New York: Foundation Press, 2002. p. 289).

Que características seriam estas? A primeira delas – e talvez a mais importante – é o fato de que em muitas vezes esses serão processos cuja decisão dependerá de uma prova difícil. Normalmente, ações de improbidade lidam com narrativas extensas de fatos, cuja contextualização exige também a demonstração da prática corrente administrativa, que exigem esforços probatórios significativos por parte dos sujeitos parciais do processo. Quando o processo tem por fundamento práticas corruptas ou fraudulentas, a situação se agrava, porque o processo dependerá preponderantemente de provas indiretas, cuja pertinência e força probante devem ser examinadas à luz da peculiaridade do contexto administrativo. Em suma, esses processos exigirão um intenso debate instrutório.

A segunda característica reside na interferência dos impactos sociais e políticos da decisão, tendo em vista que a ação de improbidade repercute de maneira significativa sobre a pessoa dos réus e sobre a própria função desempenhada pelos agentes públicos que a ela respondem: a admissão da demanda muitas vezes acarreta o afastamento do réu das atividades específicas a ele entregues³, e podem representar a solução de continuidade para as ações e programas de governo sob seus cuidados. Assim, tanto sob o aspecto do patrimônio moral do acusado, como também dos aspectos de interesse público que envolvem a esfera de atribuições que cercam o cargo público, a pendência de lides injustificadas se mostra danosa pela mera existência do processo. Pode-se falar na presença de um “dano marginal” que não decorre propriamente da passagem do tempo, mas da litispendência em si mesma como um fator de desestabilização para as relações sociais tocadas pelo processo.

De seu turno, essas mesmas características permitem antever, na grande maioria das ações de improbidade administrativa, processos que enfrentarão uma instrução trabalhosa e dispendiosa, e que por essa razão terão uma duração mais prolongada que a dos processos rotineiros. Isso não é uma anomalia, mas uma *característica inerente a essa classe de processos* e ao tipo de relação jurídica a eles subjacente. Isto não quer dizer que eles não mereçam atenção especial: os processos complexos, de maneira mais geral, tendem à paralisia e se constituem em um fator importante de ineficiência para a justiça civil quando não recebem um tratamento adequado. Por essa razão, o estudo da complexidade no processo é indissolivelmente ligado ao conceito de gerenciamento do caso (*case management*)⁴, ou seja, das medidas

3 Não nos referimos propriamente à medida cautelar de afastamento do réu da função pública (art. 20, parágrafo único, da Lei nº 8.429/92), mas à simples perda de condições políticas para o exercício do cargo.

4 Segundo JAY TIDMARSH e ROGER TRANSGSRUD, em casos complexos “a racionalidade da prestação jurisdicional pode ser obtida com uma aplicação curativa de maiores poderes de direção judicial que é consistente com a teoria adversarial, e o resultado da aplicação desses poderes é o uso de procedimentos ou regras diferentes e potencialmente determinantes da solução do processo entre casos similares” (op. cit., p. 289).

de direção formal e material do processo concebidas para contornar ou atenuar as dificuldades impostas pela incongruência entre as características do processo e o procedimento-padrão aplicável ao contencioso rotineiro.

3 GERENCIAMENTO DA AÇÃO DE IMPROBIDADE: LINHAS GERAIS

O conceito de gerenciamento de caso começou a ser desenvolvido na prática norte-americana, em meados da década de 50 do século passado, quando o governo passou a se utilizar da legislação antitruste para aplicar sanções administrativas e civis a empresas envolvidas, sobretudo, com a prática de cartéis. Eram processos que exigiam quantidades avassaladoras de documentos, pareceres técnicos e oitivas, e que representaram um sério embaraço para a justiça civil. Para lidar com o problema de tais contenciosos prolongados (*protracted litigation*), foi sendo aperfeiçoada ao longo do tempo uma prática centrada sobre os seguintes pontos: (i) o envolvimento precoce do juiz com o caso; (ii) identificação dos pontos de dificuldade de processamento atuais ou latentes; (iii) a adoção de medidas de direção processual adequadas para atenuar o problema; e (iv) supervisão constante dos resultados alcançados.

Substancialmente, o gerenciamento consiste na *condução planejada do processo*. Ele pressupõe um juiz ativo e envolvido precocemente com a direção do processo, com a finalidade de enquadrar o caso ao procedimento mais adequado, planejar e controlar o seu desenvolvimento, e implementar as variações necessárias segundo a flexibilidade que a lei lhe permitir⁵. Em casos complexos, essa atividade pressuporá a identificação dos pontos de mau funcionamento das regras processuais, o implemento de medidas corretivas e a supervisão constante do desenvolvimento do processo⁶.

As principais medidas de gerenciamento processual nas ações de improbidade estão ligadas ao estreitamento do campo de conhecimento da fase postulatória e à organização da produção da prova na fase de saneamento e instrução. O estreitamento do objeto de cognição tem por objetivo a identificação dos pontos centrais do litígio, de modo que a instrução não se disperse por pontos laterais da narrativa contida na inicial, tornando assim mais racional a atividade probatória. Essa avaliação inicial dos termos da demanda, nada obstante, compreende também a própria aferição da efetiva necessidade de que o processo se alongue por uma fase instrutória, quando for possível desde logo se formar o convencimento de que o autor não tem condições de obter uma sentença de procedência.

5 SILVA, Paulo Eduardo Alves. *Gerenciamento de processos judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 112-113.

6 McGOVERN, Francis. Toward a functional approach for managing complex litigation. *The University of Chicago Law Review*. v. 53, n. 2, p. 456, Spring 1986.

4 JULGAMENTO SUMÁRIO COMO INSTRUMENTO DE DIREÇÃO PROCESSUAL

Trata-se da assim chamada “função abreviadora” da fase de saneamento, que tem por propósito permitir a decisão precoce da causa – seja para extinguir o processo sem exame demérito, seja para reconhecer a procedência ou improcedência do pedido – sempre que as fases subsequentes do procedimento não se mostrarem úteis. Com isso, são conferidos ao juiz poderes de direção formal que lhe permitem manipular o procedimento, suprimindo as fases dispensáveis e passando de pronto à resolução da demanda.

O artigo 332 do Código de Processo Civil de 2015 passou a prever a possibilidade do julgamento sumário de mérito em duas situações: a contrariedade da demanda a precedentes ou entendimentos jurisprudenciais e a constatação *prima facie* das prejudiciais de prescrição ou decadência. No que diz respeito a essas duas preliminares de mérito, o nosso direito tradicionalmente a admite, e a nova lei simplesmente reproduz disposição que já encontrava previsão no art. 329 do Código de 1973. Quando se tratar de contrariedade a precedente jurisprudencial, que é a inovação trazida pelo diploma processual em vigor, o julgamento sumário somente terá lugar em causas que “dispensem a fase instrutória” (art. 332, *caput*).

A importância dessa função abreviadora na direção do processo está intimamente ligada à concretização do princípio da eficiência na administração da justiça civil. Fundamentalmente, o que se busca é que a cada processo sejam destinados recursos proporcionais à importância da causa, tendo em vista não apenas o caso em perspectiva isolada, mas também o conjunto dos usuários do sistema de justiça. Ao exigirmos que uma ação de improbidade que se pode identificar desde cedo como fadada ao insucesso perpassa toda a fase instrutória, estaremos retirando recursos de outras ações de improbidade mais bem estruturadas.

4.1 Um referencial estrangeiro: case statement e summary judgment no “Civil RICO”

É curioso notar que embora nosso direito processual siga a tradição do direito continental europeu (i.e., dos assim chamados sistemas de “civil law”), em tema de processos que disponham sobre relações de direito administrativo o referencial mais próximo que encontraremos para a comparação jurídica muitas vezes será o dos Estados Unidos, um sistema integrado à tradição de *common law*, embora de características bastante

particulares. Existe uma razão muito boa para isso: influenciado pela filosofia constitucionalista norte-americana, nosso sistema de repartição de funções estatais é um dos raros exemplos em que ao Poder Judiciário foram reconhecidos poderes para julgar causas de interesse da administração pública, em um sistema de jurisdição uma que se opõe aos sistemas de jurisdição dual típicos do *civil law*, caracterizados pela presença de um contencioso administrativo autônomo.

De uma maneira geral, esse traço tornou a jurisdição desses países muito mais permeável à discussão de temas de interesse público e não apenas a relações de direito privado. Um exemplo que evidencia o paralelismo desses desenvolvimentos é o do confronto entre a tutela civil por fraudes no setor público e privado pelo RICO (*Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act*, i.e., a Lei de Organizações Influenciadas e Corrompidas por Fraude), e a nossa Lei de Improbidade Administrativa, que apesar da diferente abrangência, se aproximam tanto no que diz respeito ao escopo punitivo como em relação às dificuldades procedimentais.

Consideradas como exemplos típicos de casos complexos, as ações cíveis baseadas no RICO são gerenciadas pelos juízes de cada caso concreto segundo uma diretriz de maior detalhamento nos atos introdutivos do processo, em um tratamento conflitante com a diretriz de demanda aberta do sistema de “*notice pleading*” previsto pela Regra 8 das Federal Rules of Civil Procedure de 1966. Em contraste com o quadro legal, tornou-se prática corrente que as cortes distritais solicitem do autor uma declaração do caso muito detalhada, em forma de questionário, a partir da qual se permite o indeferimento liminar (*dismissal*) ou mesmo um julgamento sumário de improcedência sujeito à formação de coisa julgada (*summary judgment*). Segundo o *Manual for complex litigation* editado pelo Centro Judiciário Federal, em seu § 35.9, “o impacto das alegações fundadas no RICO sobre a reputação do réu torna importante que se certifique que a demanda tem lastro sólido [...] o objetivo é assegurar que as demandas fundadas em fraude tragam mais do que alegações genéricas e vagas de má conduta, e autores que falhem em demonstrar os atos típicos com as especificidades exigidas pela Regra 9 (b) assumem o risco do indeferimento liminar de suas ações do RICO”.

A comparação indica que processos relacionados a fraude e corrupção constituem típicos casos de procedimentos complexos, cujo trâmite adequado é dependente de um gerenciamento atento às dificuldades por eles ensejadas. E mostra também que é da maior conveniência que exista uma fase específica do processo que se concentre em uma análise perfunctória sobre a verossimilhança da postulação, destinada a funcionar como uma espécie de “filtro” capaz de separar as ações bem fundadas daquelas que não merecem prosseguir.

4.2 Fase preliminar na Lei de Improbidade

Atualmente, como já se adiantou, a Lei de Improbidade prevê uma fase de contraditório prévio dedicada a discutir se a petição inicial contém “indícios suficientes da existência da ação de improbidade” (art. 17, §6º), sobre os quais deverá o juiz se manifestar em uma decisão de recebimento da demanda (§§ 7º e 8º). A maior parte dos comentários doutrinários enxergam nesse expediente uma medida voltada à tutela da honorabilidade do réu, de maneira que as ações de improbidade somente possam ter seguimento se a demanda for fundada em elementos robustos de convicção, produzidos já no momento da propositura⁷. Mas não há consenso sobre isso, pois também se aponta que essa fase pode ser prejudicial ao réu por prolongar a duração do processo, e por submetê-lo a uma espécie de declaração de culpa antecipada no caso de recebimento⁸.

De outro lado, parte da doutrina sustenta que a fase preliminar da ação de improbidade administrativa visa a preservar não apenas o agente público, mas o próprio Poder Judiciário, “órgão da soberania estatal que deve ser preservado de ‘aventuras processuais’”⁹. De fato, essa observação parece muito correta, pois a já mencionada complexidade natural da ação de improbidade é um fator que gera severas dificuldades de processamento, em prejuízo não apenas das partes mas dos demais usuários do sistema de justiça, que somente serão justificáveis na medida em que se faça presente uma justa causa aferível de plano.

Um ponto que deve ficar bem claro é que a probabilidade de ações de improbidade administrativa infundadas não se deve a uma cultura de má-fé na propositura dessas demandas, o que somente pode se afirmar existir em poucos casos pontuais. Na realidade, essa circunstância pode ser explicada pela própria estrutura da lei de improbidade. Quando se examina os tipos elencados pelos artigos 9º, 10º e 11º da Lei nº 8.429/92, se constata que as transgressões são descritas de maneira bastante aberta. Por exemplo, se for interpretada de maneira isolada, uma conduta como “violar os princípios da administração” pode abranger qualquer irregularidade imaginável na administração pública. Essa linguagem fluída, maleável, permite que a lei de improbidade seja invocada em uma ampla gama de casos.

7 MACHADO, Fábio Cardoso; MOTTA, Otávio Luiz Verdi. Indeferimento da inicial e rejeição liminar da ação de improbidade administrativa. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Eduardo José da Fonseca; COSTA, Guilherme Recena (orgs.). *Improbidade administrativa: aspectos processuais da Lei n 8.429/92*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 177.

8 NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende de. *Manual de Improbidade administrativa: direito material e processual*, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 203.

9 ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. *Improbidade administrativa*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen iuris, 2011. p. 859.

É natural assim que os intérpretes parciais da lei tenham sua leitura da lei de improbidade influenciada pelo respectivo viés de atuação: advogados tendem a fazer uma leitura mais flexível, promotores e advogados públicos uma leitura mais rigorosa.

Uma interpretação sistemática da referida legislação, que ligue a configuração da tipicidade às penas estabelecidas pelo artigo 12 segundo critérios de proporcionalidade, irá apontar para a necessidade de que ao simples enquadramento formal na tipologia de ilícitos seja agregada uma avaliação da lesividade concreta de cada conduta. Nesse sentido é que a doutrina afirma que a configuração dos atos de improbidade deve ser integrada pela aferição da tipicidade material da conduta¹⁰, à vista tanto da lesividade em concreto¹¹ como do contexto vigente da cultura administrativa¹².

Não há dúvidas, assim, de que a fase preliminar da ação civil de improbidade administrativa é, e ela deve realmente sê-lo, voltada à avaliação da presença de *justa causa* para que essa modalidade de procedimento, cujos inerentes custos e complexidade não podem ser ignorados em qualquer iniciativa legislativa séria voltada ao tema, possa ser levada adiante sem que o Estado e as partes tenham despendido tempo e recursos valiosos ao longo de todas as fases que compõem o arco do procedimento comum.

10 “Uma vez tipificado formalmente, o ato de improbidade necessita possuir, no caso concreto, conteúdo material de improbidade, ou seja, ofensividade (se o bem jurídico tutelado pela norma protetiva foi violado ou exposto a um perigo efetivo), significância da lesão, desconformidade social da conduta (é necessário que o autor do fato desatenda às expectativas sociais e deixe de desempenhar o papel desejado e esperado pela coletividade), alteridade ou transcendentalidade do comportamento, proporcionalidade entre fato e resposta punitiva estatal e assim por diante”. (CAPEZ, Fernando. *Limites constitucionais à lei de improbidade*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 318).

11 “Constatada a dissonância, passou-se a uma operação mecânica de subsunção da conduta à tipologia legal, sendo que esta etapa deverá ser complementada com a utilização do princípio da proporcionalidade, que permitirá que coexistam, lado a lado, a ‘improbidade formal’ e a ‘improbidade material’. [...] este quinto momento do iter de identificação da improbidade afastará a aplicação desarrazoada da Lei nº 8.429/1992, não permitindo o enfraquecimento da sua credibilidade. [...] tratando-se de dano ou enriquecimento ínfimo ou de nenhum valor monetário, ou mesmo de ato que, apesar de violador dos princípios regentes da atividade estatal, tenha atingido o interesse público em sua plenitude, sem qualquer lesão a direitos individuais, não se terá uma relação de proporcionalidade entre a conduta do agente e as consequências que advirão da lei nº 8.429/92, o que deve importar no seu afastamento”. (GARCIA; ALVES, op. cit., p. 350-351).

12 “As normas culturais que compõem o quadro político-administrativo integram o substrato axiológico protegido pela LGIA e suas normas tipificadoras de improbidade administrativa. Não se trata apenas de avaliar os direitos fundamentais atacados pelo ato ímprobo, mas de relacionar tal ato ao contexto cultural do setor público onde inserido. Essa percepção em torno da importância e funcionalidade das normas da cultura político-administrativa, no aperfeiçoamento do suporte para incidência da LGIA, é tarefa sutil que diz respeito ao próprio processo hermenêutico de adequação típica, envolvendo juízos valorativos imprescindíveis à implementação das normas sancionadoras”. (OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 312).

Trata-se assim de uma avaliação precoce do mérito¹³ (suscetível, assim, se ser coberta pela coisa julgada)¹⁴, necessária à vista da amplitude semântica permitida pelas hipóteses normativas.

4.3 Importância do contraditório específico

Na medida em que o contraditório nessa fase preliminar se concentre sobre o tema específico da justa causa, da probabilidade do direito a partir dos argumentos jurídicos e elementos de prova produzidos no início do procedimento, abre-se a possibilidade de que essa avaliação seja feita de maneira acurada e consoante aos objetivos gerais de administração da justiça civil. As demandas de fundamentos menos sólidos poderão ser prontamente afastadas, evitando o desperdício de recursos valiosos em um processo fadado ao insucesso, bem como o efeito de congestão que os processos complexos mal administrados acarretam sobre o restante do sistema judiciário. Ao mesmo tempo, o tempo do juiz e dos advogados deverá ser dedicado de maneira mais aprofundada àqueles processos acerca dos quais se angariaram elementos robustos de convicção, capazes também de proporcionar uma instrução mais focada sobre fatos bem definidos desde o início do procedimento. O que se visa a obter com essa sistemática, em última instância, é uma atuação mais eficiente do Poder Judiciário, um investimento de recursos materiais e humanos escassos que seja proporcional à importância de cada processo.

Não se desconhece que, na prática judiciária, muitas vezes a defesa já é apresentada em sua íntegra na fase inicial do processo, e que a posterior contestação se revela realmente uma simples reiteração do que já fora dito na fase preambular. A justificativa do projeto não está errada em apontar essa circunstância. O que se há de contrapor a esse argumento é que o advogado que assim atua comete um erro estratégico e desperdiça

13 “Após a manifestação do réu, o magistrado, no prazo impróprio de 30 dias, proferirá juízo não só de admissibilidade da petição inicial, mas também uma espécie de julgamento *premature* da lide [...] o juízo de admissibilidade amplíssimo e *substancial* da petição inicial *em contraditório*, destarte, estrema a ação de improbidade administrativa de qualquer outra ação que segue o rito comum, assemelhando-se ao que o Código de Processo Penal reserva, por exemplo, para os processos dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos” (O procedimento especial da ação de improbidade. In: _____; PORTO FILHO, Pedro Paulo (orgs.), *Improbidade administrativa*: questões polêmicas e atuais. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 174-175).

14 “Enfim, a análise dos elementos existentes nos autos quando da propositura da demanda pode conduzir a duas formas de rejeição da exordial: a) *primus*, mediante juízo de insuficiência do acervo quanto aos “indícios de existência do ato de improbidade”, juízo este que, baseado em cognição sumária, não obstará a propositura de nova demanda; b) *secundus*, mediante juízo de improcedência da demanda e/ou acerca da inexistência do ato de improbidade, fundado em cognição exauriente, posterior ao contraditório prévio 24 e capaz de ensejar coisa julgada material” (SILVA, Bruno Barros. Os elementos indispensáveis à propositura da ação civil pública por improbidade administrativa (art. 17, §6º, da Lei nº 8.472/92). *Revista de Processo*, n. 202, dez. 2011. p.24).

uma oportunidade valiosa para obter o encerramento precoce de um processo cuja pendência representa um grande desgaste para seu cliente, tanto no plano pessoal como no político. Uma manifestação concentrada sobre a questão específica da justa causa é essencial para a efetividade do instrumento, e a opção de sobrecarregar o juiz com um grande número de informações que dispersem sua atenção provavelmente levará a que, na dúvida, se decida pelo prosseguimento da demanda, por pouco sólidos que sejam os elementos apresentados pelo autor. Essa é, no entanto, uma situação de desvio, que não deve pautar a formulação da legislação processual. Se um instrumento procedimental de capacidades importantes é pouco conhecido e utilizado de maneira incorreta, esse problema deve ser enfrentado por meio da difusão de um maior conhecimento sobre o assunto, a cargo da comunidade acadêmica e das corporações profissionais como as escolas da magistratura, da advocacia pública e ordem dos advogados.

No fundo, a análise do mérito de uma proposta como a examinada se prende à avaliação de quais são os motivos que levam o legislador, nesse e em outros casos, a estabelecer fases procedimentais em que a cognição judicial seja limitada no plano horizontal a apreciação de apenas uma ou poucas questões dentre aquelas que sejam relevantes para o julgamento de procedência ou improcedência de uma determinada classe de pretensões¹⁵. A nosso juízo, essa motivação está ligada a duas ordens de razões: a primeira reside na importância central da questão para a definição da disputa, e a segunda na aptidão que o estreitamento do campo de cognição apresenta para elevar a qualidade final do provimento jurisdicional.

Sob o primeiro aspecto, a modulação das fases do processo de maneira a concentrar a discussão sobre uma questão que tem a aptidão de definir desde logo o litígio consiste em técnica de *aceleração procedimental* que visa a permitir o encerramento abreviado do processo quando houver questões logicamente antecedentes, que sendo decididas em determinada maneira, condicionarão o resultado do processo independentemente do que se possa decidir sobre os pontos ou questões pertinentes à demanda, que se tornarão assim irrelevantes. É o que se verifica, v.g., nas ações de prestação de contas, em que a questão atinente ao dever de prestar contas é definida em fase específica que antecede a apuração dos créditos ou débitos,

15 KAZUO WATANABE ensina que “ao estabelecer as limitações, o legislador leva em conta a natureza do direito ou da pretensão material, a sua disciplina no plano substancial (às vezes contida em dispositivos legais localizados em estatuto processual), ou opta pela proibição da controvérsia sobre alguma questão no processo, com o objetivo de simplificá-lo e torná-lo mais célere, mas com ressalva do direito de questioná-lo em ação autônoma” (*A cognição no processo civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 124). Cabe observar que o autor tem em mente limitações ao objeto de conhecimento em determinados procedimentos especiais que se caracterizam por essas restrições, e não trata da limitação interna à cognição em fases segregadas de um procedimento que, considerado em toda a sua extensão, é entretanto plenário.

ou de modo geral na sentença ilíquida, em que se analisa de forma prévia se há dever de reparar o dano, para que somente nesse caso se invistam tempo e recursos em sua quantificação. Essas questões são assim pontos prejudiciais sob o aspecto lógico, cuja solução tem a aptidão de determinar desde logo a extinção de processos nos quais a cognição plena consistiria em um desperdício de energias para o juízo e para as partes.

Por outro lado, em processos tipicamente complexos em razão da sobrecarga de informações ventiladas na instrução do julgado, a qualidade da resposta jurisdicional tende a declinar de maneira diretamente proporcional à ultrapassagem de um ponto de equilíbrio em que o volume de dados que compõem o objeto de conhecimento se converte de adequado para a justa solução da causa em excessivo. A atenção das partes e do julgador se torna por esse motivo dispersa, por vezes se concentrando em pontos laterais e por outras ignorando aspectos centrais do conflito, em prejuízo da celeridade do processamento e da qualidade da decisão final. A modulação do procedimento nesses casos é medida de *ordenação procedimental* tem por objetivo estreitar o campo de conhecimento dos sujeitos processuais em fases específicas do processo, adequando-a a volumes mais facilmente assimiláveis, com o propósito de favorecer a compreensão da controvérsia e incrementar a conformidade do pronunciamento jurisdicional ao regramento material.

Esses dois aspectos se fazem presentes na ação de improbidade administrativa, e tornam conveniente o isolamento de uma fase processual para que nela seja exercida uma cognição restrita ao tema da *justa causa* para o processo. Por um lado, a aferição da justa causa é uma matéria preliminar, que tem a aptidão de encerrar precocemente o procedimento naquelas ações propostas de forma e equivocada ou até mesmo leviana, assegurando a economia de tempo e de recursos para o Judiciário e para as partes.

Por outro, a limitação no objeto de conhecimento na fase preliminar permite que a atenção das partes e do juiz seja momentaneamente direcionada a essa única questão, evitando que a sua atenção seja sobrecarregada com os grandes volumes de informação típicos do procedimento de tutela da probidade, o que permite que a decisão sobre a admissibilidade da demanda seja alcançada de maneira mais rápida e ajustada. A vingar a proposta legislativa, a análise preliminar na maioria dos casos seria obstada pela complexidade derivada da apresentação da defesa integral, e na prática se criará a propensão de que esse juízo prévio de admissibilidade seja sacrificado, de modo a que o conjunto dos fatos só venha a ser analisado uma única vez, após o fim da instrução, já no momento da sentença de mérito.

5 UM PONTO MERITÓRIO: A REDUNDÂNCIA DOS ATOS DE COMUNICAÇÃO

O ponto em que o projeto exerce uma crítica fundada ao sistema atual é aquele que afirma a desnecessidade da duplicação de esforços de comunicação processual ao réu, por meio de uma notificação inicial e uma posterior citação cercada das mesmas formalidades em caso de recebimento da demanda. Haveria assim uma reiteração de atos de comunicação de conteúdo idêntico, que retardaria desnecessariamente o fluxo procedimental.

Cabe observar que esse vício pode se dever muito mais a uma incompreensão do sistema vigente do que a uma deficiência real da legislação. Como bem nota a doutrina, já de longa data, o primeiro ato de comunicação processual previsto pelo procedimento da ação de improbidade administrativa já se constitui, materialmente, na citação. Isto porque ele reúne em si os dois atributos característicos dessa formalidade essencial para a formação da relação jurídica processual em relação ao réu: a comunicação da demanda e suas especificações, e a convocação para comparecer em juízo e apresentar sua defesa¹⁶. Nesse sentido, a partir das alterações introduzidas pela MP 2.225-45/01, a “notificação” para apresentação de defesa prévia de que trata o §7º deveria ser compreendida como o ato de citação, ao passo em que a “citação” para apresentar contestação de que fala o §9º deveria ser tratada como simples intimação, feita na pessoa dos advogados constituídos, para apresentar a peça de defesa¹⁷.

16 “[...] nos casos em que o réu apresente ‘defesa prévia’, já estará ciente da propositura da demanda e estará necessariamente acompanhado de advogado. As finalidades perseguidas com o ato citatório (a *in ius vocatio* – isto é, a convocação do demandado para participar do juízo, a permitir que o processo possa desenvolver-se em contraditório – e a *editio actionis* – ou seja, a comunicação da proposição e dos termos em que veio vazada a demanda), já terão sido atingidas. Angularizada que seja a relação jurídica processual por meio daquela notificação, o comparecimento do réu torna desnecessária sua ulterior citação (aplicando-se, o caso, o art. 214, §1º, CPC) requisito que somente se prestaria a possibilitar chicanas processuais” (COSTA, Guilherme Recena. A ambivalência da ação e improbidade administrativa e a sua conformação processual. In:_____. LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, José Eduardo da Fonseca (orgs.). *Improbidade administrativa: aspectos processuais da Lei nº 8.429/92*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 253)

17 É esse o conhecido posicionamento de CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, para quem “não pode haver dúvidas, diante do conteúdo do §7º, de que o contraditório já está completo quando o réu é *notificado* para se manifestar sobre a petição inicial. Neste instante a relação processual já se apresenta *triangularizada* – o que é, inequivocamente, a realização concreta do princípio do contraditório constitucionalmente assegurado. Assim sendo, mais técnico que, após a admissão da petição inicial, seja o réu apenas *intimado* para apresentar sua defesa, considerando que ele já faz parte da relação processual e, pois, que dela já tem ciência. Quando menos, que se entenda o termo0 ‘citação’, empregado pelo dispositivo, evidenciando a parte final (o ato de se defender) de sua definição legal, tal como dada pelo art. 213 do Código de Processo Civil. [...] Descabida, destarte, nova ciência da ação proposta, sendo suficiente, que seja aberto o prazo para apresentação da defesa, aplicando-se, consoante a hipótese, o art. 191 do Código de Processo Civil. Basta, assim, que lhe seja comunicada a abertura de prazo para a apresentação de sua defesa – o que, pelo sistema do Código de Processo Civil, se concretiza pela intimação dos advogados já constituídos” (O procedimento especial da ação de improbidade, p. 176).

Apesar desse adequado entendimento da doutrina, é certo que na realidade do foro a duplicação da citação ocorre com certa frequência, e é fácil entender o porquê. O modo como a lei denomina os atos de comunicação gera dubiedades, e permite a interpretação de que a “citação” do §9º deva se revestir das formalidades daquele primeiro ato de chamamento a juízo de que trata o art. 238 do Código de Processo Civil. Diante disso, cabendo ao juiz velar pela regularidade do processo, e desejando o autor ver o mérito de sua pretensão julgada o quanto antes, os próprios sujeitos processuais buscam se antecipar a eventual decretação nulidade decorrente da intimação na pessoa dos advogados, e eles próprios acabam por insistir na renovação do ato em espírito de prevenção. Estrategicamente, essa parece a melhor escolha, mas com ela se sacrifica de maneira importante a racionalidade do procedimento.

Uma solução de meio-termo para a reforma da Lei de Improbidade, portanto, capaz de preservar tanto a fase preliminar com cognição limitada à justa causa para a ação de improbidade (com as vantagens acima apontadas) e ao mesmo tempo proporcionar maior celeridade a essa fase do procedimento estaria em simplesmente substituir a expressão “notificação” presente no §7º do art. 17 por “citação”, e a expressão “citado” que consta do §9º pela locução “intimado, na pessoa de seu advogado”.

6 CONCLUSÃO

Em uma breve síntese, nossa percepção é a de que a proposta de supressão do contraditório específico em torno da admissibilidade da ação de improbidade administrativa equivale a “jogar fora o bebê junto com a água suja do banho”. No intuito de acelerar as ações de improbidade, a proposta acaba por sacrificar um instrumento de filtragem essencial para o bom andamento do conjunto desses processos.

REFERÊNCIAS

ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. *Improbidade administrativa*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011.

BUENO, Cássio Scarpinella. O procedimento especial da ação de improbidade. In: _____; PORTO FILHO, Pedro Paulo. (orgs.), *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CAPEZ, Fernando. *Limites constitucionais à lei de improbidade*. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA, Guilherme Recena. A ambivalência da ação e improbidade administrativa e a sua conformação processual. In: _____; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, José Eduardo da Fonseca (orgs.). *Improbidade administrativa: aspectos processuais da Lei nº 8.429/92*. São Paulo: Atlas, 2013.

GUILLÉN, Victor Fairén. *Ensayo sobre procesos complejos: la complejidad en los litigios*. Madrid: Tecnos, 1991.

MACHADO, Fábio Cardoso; MOTTA, Otávio Luiz Verdi. Indeferimento da inicial e rejeição liminar da ação de improbidade administrativa. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Eduardo José da Fonseca; COSTA, Guilherme Recena (orgs.). *Improbidade administrativa: aspectos processuais da Lei n 8.429/92*. São Paulo: Atlas, 2013.

McGOVERN, Francis. Toward a functional approach for managing complex litigation. *The University of Chicago Law Review*, v. 53, n. 2, Spring 1986.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende de. *Manual de Improbidade administrativa: direito material e processual*, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SILVA, Bruno Barros. Os elementos indispensáveis à propositura da ação civil pública por improbidade administrativa (art. 17, §6º, da Lei nº 8.4729/92). *Revista de Processo*, n. 202, p. 13-26, dez. 2011.

SILVA, Paulo Eduardo Alves. *Gerenciamento de processos judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

TIDMARSH, Jay; TRANGSRUD, Roger. *Complex litigation: problems in advanced civil procedure*. New York: Foundation Press, 2002.

WATANABE, Kazuo. *A cognição no processo civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.



A LAVRA ILEGAL E A EXTENSÃO DOS PREJUÍZOS INDENIZÁVEIS

ILLEGAL MINING AND DAMAGES SETTLEMENT

*Renata Ricarte Domiciano Ferreira
Advogada da União*

SUMÁRIO: Introdução; 1 o mito da ignorância e da improvisação; 2 o direito e os recursos minerais; 3 o bem jurídico lesado na atividade de lavra ilegal e a extensão dos danos indenizáveis; 4 conclusão; Referências.

RESUMO: O artigo sustenta que a jurisprudência minimiza a estatura econômica dos prejuízos causados por aquele que lavra ilegalmente bens minerais. A União, sua proprietária por força de escolha do constituinte originário, não é divisada como verdadeira vítima da grave ofensa em toda a extensão dos danos efetivamente causados, já que não exerce os típicos poderes definidos pela dogmática clássica. E como a indenização mede-se pela extensão do dano, a obrigação reparatória decorrente da lesão a esses bens da União tem sido lamentavelmente tímida, diante de uma alegada dificuldade de mensuração econômica dos recursos minerais que, segundo muitos, “no subsolo, para a União de nada valem”.

PALAVRAS-CHAVE: Mineração. Recursos Minerais. Lavra Ilegal. Extensão dos Danos. Avaliação dos Prejuízos. Valor. Reparação. Indenização. Enriquecimento Ilícito. Responsabilidade Civil. Punitive Damages.

ABSTRACT: The article sustains that the practice of law frequently minimizes the settlement of damages derived from illegal mining of underground deposits. Despite the fact that Brazilian Constitution has established the Union’s property on such deposits, it is not perceived as a real victim of serious offence, since it does not carry the typical powers defined by civil law dogma. Restitution arising from the injury to these rights has been woefully shy on the account of an alleged difficulty to measure mineral resources which, according to many, “are worthless in the underground”.

KEYWORDS: Mining Policy. Mineral Resources. Mining Trespass Actions. Illegal Dealings. Extent of the Damages. Value Systems. Compensation. Illicit Enrichment. Civil Liability. Punitive Damages.

INTRODUÇÃO

As exigências próprias da vida em sociedade cristalizaram, ao longo da história, uma diversidade de mecanismos jurídicos, hábeis à manutenção de uma convivência minimamente harmônica e equilibrada entre as pessoas e seus respectivos interesses; estes, cada vez mais numerosos e complexos.

O principal meio de controle social, pela via do direito, é o poder de o Estado estabelecer regras de condutas e impor sanções àqueles que, de qualquer modo, vulneram a manutenção desse equilíbrio social. Dentre essas, exsurge o instituto da reparação dos prejuízos causados por condutas lesivas aos bens e interesses jurídicos tutelados pelo ordenamento jurídico pátrio.

Sempre atento às novas demandas e anseios sociais, o direito, em geral, não se tem descuidado de ampliar a abrangência de bases já existentes no sistema jurídico, hábeis ao enfrentamento da realidade em franca mutação.

Em sede de reparação civil, não são poucos os avanços quanto à utilização de parâmetros não tarifados e adequados à solução específica do caso concreto. O escopo, em última análise, sempre será o de restabelecer o equilíbrio rompido pela lesão impingida contra bem ou interesse tutelado pelo direito. Esse resgate da estabilidade social, pela via da reparação civil, traz em seu cerne não somente a busca pela redução do prejuízo ao nível o mais próximo possível do “status quo ante”, mas também possui um viés pedagógico, desmotivando a atividade ilícita

Nesse passo, conquanto haja constantes avanços em matéria de reparação, seja em responsabilidade civil, seja em de sede de enriquecimento sem causa, somados a uma robustez doutrinária do direito civil brasileiro, infelizmente, o tratamento jurídico concedido ao patrimônio público ainda se afigura suscetível a uma visão que privilegia o individual em detrimento do social.

Conforme ressaltado pelo Prof. Ricardo Aronne, a própria concepção tradicional sobre a qual se assentam os direitos reais no Brasil, expressa a propriedade como um complexo de relações entre titular e bem, exteriorizados como um verdadeiro *potestas* do titular, para dar o destino que melhor lhe aprouvesse ao bem:

A burguesia procedeu, na confecção do Estado Liberal e do respectivo Direito Civil para o qual este era servil, um contraponto extremo à insegurança patrimonial promovida pelo Leviatã, claramente identificado ao Estado Absolutista, entronizando a garantia e o exercício absoluto da propriedade privada como *ratio* que influenciou até o contrato social que lhe serviu de suporte.¹

¹ ARONNE, Ricardo. Os direitos reais na constitucionalização do direito civil. *Direito & Justiça*, v. 39, n. 2, p. 175-196, jul./dez. 2013.

Contudo, a propriedade atribuída aos entes públicos tem por finalidade precípua, à luz do texto constitucional vigente, realizar outros valores que não se subsumem à seara protetiva inspirada pela dogmática clássica.

Determinados bens são constitucionalmente outorgados à União com propósito assaz distinto do de simplesmente agraciar referido ente federativo com os clássicos poderes de usar, fruir e dispor, sem embaraços, do objeto titularizado.

Esse é exatamente o caso das jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais que, por força da Constituição Federal (artigo 20 e artigo 176) constituem bens de propriedade da União. Consoante será melhor desenvolvido adiante, o desenho constitucionalmente delineado para a propriedade dos recursos minerais encontra relevantes fundamentos político-econômicos; ademais, inseridos em um contexto mundial de longas conquistas e avanços na proteção dessas riquezas em cada território soberano.

Sem embargo, a prática jurídica - não poucas vezes - ignora a normatividade constitucional que rege a propriedade da União sobre esses bens minerais. Mostra disso é um certo desprezo quanto à estatura econômica dos prejuízos causados por aquele que ofende esses bens juridicamente tutelados. A União, proprietária daqueles, não é divisada como verdadeira vítima da grave ofensa em toda a extensão dos danos efetivamente causados, já que não exerce os típicos poderes definidos pela dogmática clássica.

E como a indenização mede-se pela extensão do dano, a obrigação reparatória decorrente da lesão a esses bens da União tem sido lamentavelmente tímida, diante de uma alegada dificuldade de mensuração econômica dos recursos minerais que, segundo muitos, “no subsolo, para a União de nada valem”.

Quem advoga em defesa da União e persegue uma justa reparação civil por quem se apropria dos recursos minerais ao arrepio da lei, conhece as agruras próprias do tema e as batalhas que se têm travado por resultados mais condizentes com a importância desse bem jurídico constitucionalmente tutelado.

Diante do desconhecimento das particularidades do direito minerário e, principalmente, de todo o conteúdo axiológico que subjaz à salvaguarda jurídica do patrimônio mineral brasileiro, decorrem soluções com leitura bastante restritiva, sobretudo quanto à extensão dos prejuízos decorrentes da sua exploração ilegal.

Cumpra, destarte, registrar algumas ideias e muitas inquietudes, próprias de quem milita na área, com a convicção apaixonada da incessante

busca pelo amadurecimento das teses jurídicas, rumo – se possível for – à melhor defesa possível.

1 O MITO DA IGNORÂNCIA E DA IMPROVISAÇÃO

Em sua tese de doutoramento em História, sobre a mineração no Brasil do século XVIII, Carolina Marotta Capanema² traz dados de uma vasta pesquisa que desmistifica e supera a visão de que o caráter predatório da mineração desenvolvida na América portuguesa, à época, devia-se às técnicas rudimentares utilizadas na atividade.

A pesquisadora desconstrói essa visão poética dos fatos, indicando que os impactos causados pela mineração predatória eram conhecidos, mas tolerados por questões políticas e utilizados para obtenção de privilégios de toda sorte. Era uma época em que sobressaíam os interesses essencialmente individualistas e, convenientemente, concorria a escassez de maior influência estatal na matéria:

Ao contrário do que supõem os tradicionais estudos sobre a mineração colonial no Brasil, os habitantes locais não somente reconheciam as consequências das atividades de exploração do ouro sobre o ambiente, como ainda utilizavam esse conhecimento para defender interesses específicos.

[...]

Naquele período, em que se configuravam novas disputas na reconfiguração do espaço urbano, as interpretações sobre as inundações e os usos que se faziam da natureza foram cruciais para a construção de discursos em defesa de diferentes interesses políticos pelas elites estabelecidas. A seguir, veremos que a mineração setecentista foi regida por uma ampla legislação mineral no que concerne aos usos do ambiente físico, contrariando as tradicionais afirmações de que a exploração aurífera foi feita ao acaso, como sustentaram memorialistas e viajantes estrangeiros.

Conclui a estudiosa, surpreendentemente, que em matéria de mineração, nunca houve uma efetiva falta de regulamentação, porém,

² CAPANEMA, Carolina Marotta. *A natureza política das Minas: mineração, sociedade e ambiente no século XVIII*. 2013. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas.

determinadas contingências individualistas acabaram por ditar a ineficácia daquela regulamentação:

Ao contrário do que afirmaram viajantes estrangeiros e memorialistas luso-brasileiros sobre a mineração praticada nas Minas setecentistas, a prática da exploração do ouro foi regida por extensa legislação reguladora e não pelo “acaso”.

[...]

Os serviços de mineração foram submetidos à ampla organização e regulação de suas práticas no que tange ao uso do ambiente físico, o que endossa nossa tese de que essa não era uma atividade necessariamente feita ao “acaso” e irrefletidamente e, por isso, necessariamente predatória, como se divulgou no passado. As pesquisas indicam que a utilização dos recursos naturais e a legislação prevendo a sua regulação no século XVIII estavam plenamente de acordo com as intenções de controle da Coroa sobre as atividades desenvolvidas em seus domínios coloniais, o que constituía a própria essência do sistema.

[...]

Muitas vezes os dispositivos legais não foram cumpridos por não representarem os interesses imediatos dos colonos, que também faziam da posse dos insumos naturais representação de sua distinção social e econômica. Não houve falta de regulamentação, mas contingências que, em cada época, sem dúvida, ditaram a ineficácia de algumas medidas de conservação. Estas medidas emitidas pela Coroa demonstravam, ainda, que as políticas portuguesas eram similares àquelas aplicadas em outras monarquias europeias sobre o assunto.

Transferindo essas conclusões para o tema em análise, há de se esquadrihar quais seriam contingências da nossa época que têm determinado a ineficácia prática de uma proteção apropriada do patrimônio mineral brasileiro, ainda que nosso ordenamento contemple tão vasta regulamentação sobre minérios e sobre a tutela da propriedade.

Se não prosperava no século XVIII, com menor razão prospera que no globalizado século XXI sejam tolerados ou minimizados os efeitos da prática predatória e ilegal devido a pretensão rudimento intelectual e técnico da maior parte dos usurpadores minerais.

O usurpador de recursos minerais busca o lucro fácil e, ainda que de pequeno porte, deliberadamente desconsidera os fatores legais e científicos atinentes a uma exploração ordenada e útil ao desenvolvimento nacional. E se assim age com tamanha constância, certamente é porque ainda lhe é conveniente e financeiramente proveitoso.

Há de ser superada a inversão de valores que inspira a praxe na reparação civil pelos prejuízos decorrentes da usurpação mineral, como se o usurpador guardasse uma relação de hipossuficiência diante da União, geralmente desqualificada em sua condição de vítima da grave ofensa.

Dito isso, paralelamente às sanções penais e administrativas, aquilatar o valor econômico e exigir o ressarcimento dos prejuízos – em todos os seus contornos – é medida indispensável para que não se privilegie um sistema que contemporize com o minerador desonesto.

2 O DIREITO E OS RECURSOS MINERAIS

A legislação mineral constitui instrumento básico para a proteção dos recursos minerais, dada a sua importância para o desenvolvimento econômico de um país. Foi altamente influenciada pela declaração peremptória das diretrizes contidas na Resolução nº 1803, de 14 de dezembro de 1962, por parte da Comissão Permanente das Nações Unidas para a Soberania sobre os Recursos Minerais, adotada pela Assembleia Geral da ONU em 1974³. O texto da primeira diretriz da Resolução nº 1803/1962 dá o tom principiológico que passa a nortear, mundialmente, a tutela dos recursos minerais:

O direito dos povos e das nações à soberania permanente sobre as suas riquezas e recursos naturais deverá ser exercido no interesse do respectivo desenvolvimento nacional e do bem-estar do povo do Estado em causa.

Como consequência dessa visão, a maioria das legislações modernas, com raras exceções, passou a estabelecer que os recursos minerais pertencem ao Estado e não mais ao proprietário do solo.

Como bem explicitado por Paulo César Ribeiro Lima, a nova ordem econômica mundial provocou revolução profunda no setor mineral, estimulando os países a revisarem, em substância, seus marcos legais, de forma a instrumentalizar o dever estatal de assegurar a máxima utilização dos recursos, mediante todos os meios ao seu alcance para evitar a destruição

3 Fonte: <http://direitoshumanos.gddc.pt/3_21/IIIPAG3_21_2.htm>.

ou o mau uso das riquezas do subsolo, sempre atento ao fim específico, de utilidade pública, que deve presidir a exploração mineral.⁴

Sem embargo de preservação da soberania nacional sobre os recursos minerais, essas novas leis invariavelmente passaram a regular as relações entre o minerador e o Estado como titular dos recursos minerais.

Nesse contexto, a Constituição Federal de 1988 transferiu para a União o domínio sobre todos recursos do subsolo (art. 20, IX), colocando a exploração desses bens sob a integral tutela do Estado, à luz do interesse nacional (art. 176, § 1º, C.F.).

Relevante notar como reagiam os juristas que se debruçavam sobre o recém promulgado texto constitucional de 1988, no que toca às perspectivas do Direito Minerário à luz da nova ordem instaurada.

O Professor Nelson de F. Ribeiro, em estudo apresentado no XXV Congresso Brasileiro de Geologia e no VII Congresso Latino-Americano de Geologia, ambos realizados em Belém-PA, em dezembro de 1988⁵, afirmava que a Constituição de 1988 permitia superar qualquer outra visão diferente daquela que doravante se definia.

Assim, os recursos minerais como bens econômicos de propriedade da União, demandariam que a política para a sua utilização seria envidada, sempre, no interesse de toda a sociedade brasileira:

Por isso mesmo, não podem ser tratados como propriedade daquele que os descobrir, no seu exclusivo interesse particular, pois seria uma violência contra o interesse social, que é inerente à natureza desses bens. [...]. Essas perspectivas são os faróis que devem iluminar as decisões do administrador público e do juiz, na aplicação das normas constitucionais, sobre a difícil questão mineral brasileira.

O Decreto-Lei nº227/1967, denominado Código de Mineração, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Este diploma normativo, seu Regulamento e vasta legislação específica correlata, são normas que conceituam e classificam as jazidas minerais, regulam os direitos do minerador sobre as massas individualizadas de substâncias minerais ou fósseis, os regimes para o seu aproveitamento, bem como os requisitos indispensáveis ao processamento dos atos para pesquisa e lavra por meio de outorgas, autorizações e concessões minerais.

4 LIMA, Paulo César Ribeiro. *Alterações no Direito Minerário Brasileiro*. Estudo de agosto/2007, da Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/areas-da-conle/tema16/2007_8747.pdf>.

5 Estudo publicado na Revista de Inf. Legislativa a 26 n. 102. Disponível em:< <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181932/000445049.pdf?sequence=1>>.

Ao mesmo tempo em que o Código de Mineração de 1967 consolidou importantes conceitos sobre os recursos minerais, já antecipava a autonomia do direito das minas, por contemplar regras e princípios distintos do direito comum como, por exemplo, a definição da jazida como bem imóvel distinto do solo onde se encontrava, “*não abrangendo a propriedade deste o minério ou a substância mineral útil que a constitui*”.

Num breve parêntesis, aqui se contextualiza a esfera autônoma do direito das minas na concepção há muito consagrada por Bobbio, qual seja, do reconhecimento do pluralismo de ordens jurídicas ‘autônomas’ – com terminologia, elementos e características próprias – que se articulam de modo a nunca desnaturar a unidade do ordenamento jurídico.

Em que pese a recepção do Decreto-Lei nº227/1967, os contornos básicos do regime jurídico da mineração no Brasil encontram-se fixados no texto constitucional. Sob a égide constitucional, a propriedade sobre os recursos minerais traduz o dever-poder do Estado de assegurar a sua máxima utilização, dispondo, para tanto, de todos os instrumentos jurídicos ao seu alcance para evitar a destruição ou o mau uso das riquezas do subsolo, sempre atento ao fim específico da utilidade pública, que deve presidir a exploração mineral.

Em consequência desse regime jurídico eminentemente constitucional, o escopo das normas de regência possui viés bastante amplo, envolvendo uma valoração que perpassa desde o fomento em prol dos ganhos econômicos oriundos de sua exploração, até os interesses socioambientais decorrentes de sua prática “in loco”. Para tanto, são indispensáveis medidas preventivas e fluxos de investimentos que equilibrem socialmente os interesses em jogo, ao menos de maneira equivalente ao recurso que será exaurido.

Ainda nessa esteira, o Estado tem o dever de se utilizar dos meios legais disponíveis para a promoção de um capitalismo socialmente responsável, pois o art. 170 da Constituição é claro ao estipular que: *a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.*

Some-se ao que foi dito, que a mineração é o único empreendimento econômico ao qual foi dado formalmente o direito constitucional de degradar áreas, o que é uma conclusão bastante séria. Como se demonstrará, apenas a observância à lei garante que os impactos negativos estejam circunscritos a níveis permitidos e assimiláveis em cotejo com os impactos positivos a serem gerados pelo empreendimento minerário.

Como salientado pelos estudiosos da área, com especial destaque para o trabalho desenvolvido pela Profa. Sílvia Helena Serra⁶, não obstante o direito minerário apresente particularidades e princípios próprios, o que lhe garante autonomia científica, a área ressenete-se da falta de estudos voltados à sua sistematização.

Citando conclusões de Orlando Gomes sobre o patrimônio minerário, Sílvia Helena ressalta que muito embora a doutrina jurídica não tenha chegado a explicar a natureza dessa “propriedade especial”⁷, ao menos identificou que sequer a relação de domínio que une a União aos seus demais bens, coincide com aquela que une a União aos seus bens minerais.

Tão somente a caracterização de que a natureza jurídica dessa propriedade seria “anômala” ou “especial” de nada aproveita sem a sistematização de seus próprios conceitos, sempre voltados para a concretização dos objetivos, teleológica e sistematicamente albergados pelo ordenamento jurídico nessa matéria.

A fixação de princípios indissociáveis da tutela civil do patrimônio constitucional minerário é necessidade premente. Os valores acolhidos pelo ordenamento pátrio, através do estabelecimento dessa propriedade anômala, merecem a distinção jurídica digna da escolha exercida pelo constituinte originário.

Não se trata apenas da inevitável superação do paradigma civilista clássico, mas, sobretudo, da urgência de que se estabeleça um marco teórico que garanta a sistematização do conhecimento na área, evitando desvios erráticos, orientando o tratamento coerente da matéria e inspire novos estudos para o contínuo avanço dessa tutela protetiva.

Enquanto isso, aos operadores jurídicos será lícito buscar soluções em regramentos semelhantes ou com maior estabilidade doutrinária, o que, no caso dos recursos minerais, significa ou dar tratamento à matéria sob a perspectiva inadequada, ou, ainda, eminentemente civilista, gerando discrepâncias no plano da sua efetiva proteção.

Nesse diapasão, o trecho do Parecer AGU/ MF-2/95:

Na interpretação de um dispositivo constitucional, devem-se observar os princípios maiores do sistema jurídico adotado. Pelo princípio democrático, o poder deve ser exercido em nome e no interesse do povo. Os bens públicos devem ser utilizados tendo em vista o interesse público. Os recursos minerais, que, em última análise, pertencem ao

6 SERRA, Sílvia Helena. *A formação, os condicionamentos e a extinção dos direitos minerários*. Campinas, 2000. Dissertação (mestrado) Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Geociências.

7 GOMES *apud* SERRA, 2000.

povo, devem ser explorados visando ao interesse nacional (§ 1º do artigo 176 da Constituição), para satisfazer as necessidades coletivas.

Com fulcro no princípio interpretativo da máxima efetividade ou eficiência da norma constitucional, a expressão recursos minerais deve ser sempre interpretada de modo a garantir a proteção mais ampla possível ao bem jurídico tutelado.

3 O BEM JURÍDICO LESADO NA ATIVIDADE DE LAVRA ILEGAL E A EXTENSÃO DOS DANOS INDENIZÁVEIS

Antes de que se adentre no tema da efetiva proteção ao bem jurídico tutelado pela correta avaliação da extensão dos prejuízos ressarcíveis, há de se fazer considerações sobre a própria noção do que se entende por bem jurídico.

Em síntese, a dogmática clássica leciona que o bem jurídico equivale ao valor passível de ser objeto de direito, ou seja, de uma relação jurídica. Grosso modo, o conceito de bem enquanto valor está jungido ao caráter essencialmente instrumental que o liga ao sujeito da relação jurídica, ou seja, o bem é instrumento da satisfação de primordialidades do sujeito que o titulariza.

Difere o bem jurídico do interesse jurídico, que é o poder legal de que o titular está investido para exigir o objeto que titulariza.

Logo, os recursos minerais seriam bens jurídicos de natureza pública, basicamente, por pertencerem a uma pessoa jurídica de direito público. Some-se à questão da titularidade, o fato de que os recursos minerais são bens jurídicos de direito público qualificados como de interesse público, o que equivale a ostentar no texto constitucional que a titularidade da União sobre os recursos minerais excede ao parâmetro da relação jurídica estabelecida na propriedade privada; o poder de exigir o objeto que titulariza está balizado pelo interesse nacional.

A União, portanto, em que pese proprietária dos recursos minerais, não exerce os seus ordinários atributos de usar, gozar e dispor desses bens, pois não se prestam a satisfazer as suas necessidades enquanto Administração, mas “no interesse nacional”. De igual modo, seguindo a descrição legal inserta no artigo 99 do Código Civil, esses bens públicos, em que pese de interesse nacional, não são de uso comum do povo, não são de uso especial e tampouco são propriamente dominicais, ao contrário do que sustentam alguns juristas, haja vista encaixarem-se no conceito tão somente depois de algumas derivações parciais, como bem ressaltado, mais uma vez, por Sílvia Helena Serra:

Segundo DI PIETRO, já se tem entendido que a função desses bens não é exclusivamente patrimonial, podendo apresentar a função de servir ao interesse geral. Este fato tem justificado, diz a autora, a submissão dos bens dominiais a um regime jurídico de direito privado parcialmente derogado pelo direito público.

A classificação, portanto, dos recursos minerais entre os bens de uso geral, de uso especial ou dominiais não tem qualquer utilidade prática, já que, ainda que os enquadrássemos entre uns ou outros, não teriam o regime jurídico comumente aplicado a estes bens, e uma série de ressalvas teriam que ser feitas. São, portanto, simplesmente bens públicos com regime jurídico próprio, devido às peculiaridades que carregam, como, por exemplo, passarem para a propriedade particular quando extraídos, já que a Constituição da República garante ao concessionário a propriedade do produto da lavra, em seu art. 176, caput; ou, ainda, por serem extremamente úteis à coletividade.

[...]

Mais importante, portanto, que encaixar os recursos minerais na classificação dos bens públicos é analisar suas peculiaridades, pois estas sim influenciarão o regime jurídico a eles aplicável.⁸

Disso tudo desponta que, malgrado todas as peculiaridades descritas, os recursos minerais são bens jurídicos titularizados pela União, que, como proprietária, daqueles se satisfaz na medida em que se prestam a realizar as suas necessidades econômico-sociais, sempre inspiradas pela realização do interesse nacional.

E, como consectário de toda essa bagagem conceitual, vem o dado elementar a esse direito de propriedade exercido pela União: garante a propriedade particular sobre o produto da lavra desses recursos minerais, sob a expressa condição a que se subordina, qual seja, de que se trate de 'concessionário'. Concessionário, no contexto utilizado pelo texto constitucional, refere-se a todo aquele que cumpriu os requisitos legais e obteve formal a outorga do direito minerário correspondente, capaz de gerar o efeito de apropriação particular sobre o produto da lavra.

Nada mais justo, aliás, que os recursos minerais, dispostos tão desordenadamente pelo território de um Estado, fossem propriedade

8 SERRA, Sílvia Helena. *A formação, os condicionamentos e a extinção dos direitos minerários*. Campinas, 2000. Dissertação (mestrado) Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Geociências.

de todos os seus cidadãos, representados pelo Estado, e não de apenas alguns afortunados particulares. Trata-se, primeiramente, de um fundamento distributivo.

Um segundo fundamento é relacionado ao desenvolvimento da atividade mineira. O Estado é proprietário das substâncias minerais para destinar a todos os cidadãos, de forma isonômica, a possibilidade de aproveitá-las economicamente, proporcionando a ação de empreendedores mineiros na busca por substâncias minerais inexploradas. Desta forma, o Estado outorga a atividade a quem a queira aproveitar, conservando a titularidade dos recursos minerais, estimulando-se, assim, o aproveitamento mineral por quem tenha condições técnicas e econômicas para realizá-lo.

Um terceiro e último fundamento da propriedade estatal dos recursos minerais é a melhor regulamentação da atividade. [...]. Sua propriedade não foi estabelecida no interesse precipuamente econômico, mas, antes, no interesse de se proteger a substância mineral, já que demasiadamente útil à sociedade, mas esgotável e distribuída de forma não equânime pela Natureza.⁹

Aliás, no aspecto da particularidade do regime atinente aos recursos minerais, Sílvia Helena Serra (*op.cit.*) enumera o que, segundo ela, seriam os princípios básicos do direito minerário:

- a) o da supremacia do interesse público sobre o privado (conforme definido pelo art. 176, § 1º, da Constituição);
- b) o do resultado global (projeto de engenharia mineral deve ser avaliado conjuntamente com os projetos ambiental, econômico e social. Somente mediante uma avaliação conjunta de todos eles é que o Poder Público poderá avaliar a viabilidade do empreendimento mineiro);
- c) da recuperação da área degradada (se na mineração a recuperação é uma exigência, a modificação do *status quo* ambiental seria uma necessidade);
- d) do conteúdo ético (tomando por fundamento o fato de que os recursos minerais pertencem à coletividade e de que não são renováveis, não podem ser desperdiçados, impondo-se ao minerador o melhor aproveitamento técnico do recurso mineral. Daí a necessidade da apresentação de um Plano de

9 SERRA, *op. cit.*

Aproveitamento Econômico da Jazida - PAE, bem como o dever de seu estrito cumprimento);

- e) da destinação do bem ao uso geral (caracteriza-se por ser a função social do bem mineral, vedando-se desperdício, lucro abusivo, dentre outros aspectos).

Sendo assim, permito-me concluir que de todas as peculiaridades colhidas, os recursos minerais são bens jurídicos de direito público de natureza “sui generis”, qualificados pelo interesse nacional e titularizados pela União que, como proprietária, mediante certas condições legais e subordinativas, garante ao particular a apropriação dos produtos obtidos pela sua lavra.

São, ainda, elementos estratégicos ao desenvolvimento socioeconômico de um país, representam um verdadeiro conjunto de ativos da sociedade, tanto no presente quanto no futuro¹⁰.

Dessas considerações sobre a importância e complexidade da proteção legal dispensada aos recursos minerais, cabe perquirir qual o parâmetro pecuniário seria suficientemente adequado para a reparação do equilíbrio rompido pela usurpação do patrimônio mineral brasileiro, haja vista a impossibilidade física de sua reposição ao estado inicial.

No plano da responsabilidade civil é indiscutível a expansão doutrinária quanto aos prejuízos suscetíveis de reparação. Abriram-se as portas da reparação civil a uma vasta gama de lesões anteriormente consideradas irreparáveis.¹¹ Contudo, no plano da decidibilidade, da solução prática para a superação do conflito concretamente posto, torna-se complexo identificar a justa medida em que deve ser fixado o valor econômico decorrente desses prejuízos.

Embora não seja de fácil definição, o posicionar-se quantitativamente também é tarefa do operador jurídico, como recurso de equidade para a justa superação do prejuízo causado.

E os parâmetros que delineiam tais contornos quantitativos não se alcançam pelo mero exercício silogístico extraído a partir da literalidade de uma lei aplicável ao fato concreto. Ao contrário, a solução exsurge da compreensão do sistema jurídico constitucionalmente definido, nos quais se entranha o patrimônio mineral brasileiro. Somente pela exegese extraída de toda essa intrincada rede axiológica e hierarquizada de princípios e regras

10 MOTTA, Ronaldo Serôa da; YOUNG, Carlos Eduardo Frickmann. Recursos Minerais e Contabilidade Social. A Renda Sustentável da Extração Mineral no Brasil. *Textos para Discussão nº 231*. Agosto de 1991. IPEA.

11 SERPA, Pedro Ricardo e. *Indenização Punitiva*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011.

subjacentes à matéria, será dado cumprimento aos objetivos que se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, no ordenamento jurídico¹²:

É por isso que dizemos que uma sentença nunca é um silogismo, uma conclusão lógica de duas premissas, embora possa ou deva apresentar-se em veste silogística. Toda sentença é antes a vivência normativa de um problema, uma experiência axiológica, na qual o juiz se serve da lei e do fato, mas coteja tais elementos com uma multiplicidade de fatores, iluminados por elementos intrínsecos, como sejam o valor da norma e o valor dos interesses em conflito.¹³

Diante do desconhecimento das particularidades do direito minerário e, principalmente, de todo o conteúdo axiológico que subjaz à tutela jurídica do patrimônio mineral brasileiro, decorrem soluções com uma leitura bastante restritiva, sobretudo quanto à extensão dos prejuízos decorrentes da sua exploração ilegal.

Além da dificuldade de definir parâmetros condizentes e do desconhecimento das peculiaridades do direito minerário, não se pode olvidar o que já foi afirmado em capítulo anterior com relação a um certo desprezo quanto à estatura econômica dos prejuízos causados à União, que não é divisada como verdadeira vítima da grave ofensa em toda a extensão dos danos efetivamente causados, já que não exerce os típicos poderes definidos pela dogmática clássica.

E para que não se pense que a indignação carece de existência prática, cabe um exemplo colhido na realidade do exercício jurídico em matéria de reparação decorrente da lavra ilegalmente empreendida.

Houve um cobiçoso empresário da área de mineração que decidiu lavrar determinado recurso mineral, muito valorizado em determinado período e abundante em determinada área, desobedecendo, de forma consciente e deliberada, a todas as normas que deveria cumprir.

Como não cumpriu qualquer lei, não precisou desembolsar os investimentos que qualquer minerador que observa as regras deve, obrigatoriamente, despender para minorar os danos próprios da atividade. Lavrou, pois, o minério desairosamente, do jeito que queria. Como não precisou construir depósitos, pois era executor ilegal, despejou os rejeitos e estéreis que não interessavam ao empreendimento, em todo o espaço circundante cobrindo a vegetação rasteira. Como estavam em alta no

12 FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

13 DAVID. Tiago Bitencourt de. O Que Ainda Nos Resta da Epieikeia de Aristóteles: Estudo Sobre Os Conceitos e Usos Clássicos e Contemporâneos de Equidade Jurídica. *Revista Jurídica Síntese*, n. 454, ago. 2015. Biblioteca Digital de Revistas.

mercado, comercializou os minérios usurpados por um alto preço. E, como dito, por não investir o que era devido por lei, o seu lucro foi exorbitante. Quanto ao preço praticado, apenas para simplificar o caso alçado a exemplo, digamos que foram vendidos por R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

Por ocasião da fiscalização da área, o Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM¹⁴, detectou de plano a atividade de lavra não autorizada. Adotou todas as medidas administrativas de estilo contra o minerador faltoso, e, diante das repercussões cíveis e penais decorrentes da atividade flagrada, comunicou o fato ao Ministério Público Federal, à Polícia Federal e à Advocacia-Geral da União.

A Advocacia-Geral da União, na sua esfera de atuação, buscou precipuamente a reparação decorrente da usurpação do bem que pertence à União Federal, por força dos artigos 20 e 176 da Constituição Federal, haja vista não ter se aperfeiçoado qualquer condição para que o usurpador se convertesse em proprietário do produto da lavra.

A título de reparação, a praxe, sempre atenta à extensão econômica do prejuízo, determina que se busque a indenização com parâmetros palpáveis: o volume usurpado, desde que dotado de valor comercial, pelo preço de mercado praticado. Assim, a União deduziu a pretensão de se ver indenizada pelo montante de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

Por ocasião da sentença, entendeu o julgador que, sim, os recursos minerais são bens da União de acordo com a Constituição Federal. Entretanto, como a União não é mineradora e, portanto, os recursos minerais enterrados no subsolo de nada lhe servem na condição de proprietária; e, ainda, como a União pode impor sanções administrativas para apenar o desonesto, estas seriam suficientes para a tutela de seus interesses, não se aplicando as regras de direito civil de reparação em nome da retomada do *status quo ante*. Ao contrário, a União faria jus a uma espécie de compensação pecuniária a ser paga pelo usurpador com base na alíquota da CFEM¹⁵, conforme o percentual previsto em lei, no caso, 2% (dois por cento).

Com esse raciocínio, o magistrado, antes de aplicar o percentual que entendia devido com base na lei da CFEM, achou por bem descontar da base de cálculo os “custos de produção” gastos pelo usurpador, sob pena

14 O Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM, é uma autarquia federal criada pela Lei 8.876/1994, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, e tem por finalidade promover o planejamento e o fomento da exploração mineral e do aproveitamento dos recursos minerais no Brasil.

15 CFEM - Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais estabelecida pela Constituição de 1988, em seu Art. 20, § 1º, é devida aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e aos órgãos da administração da União, como contraprestação pela utilização econômica dos recursos minerais em seus respectivos territórios. As alíquotas são aplicadas sobre o faturamento líquido e variam de acordo com a substância mineral explorada.

de ‘enriquecimento ilícito da União’. Pela ausência de dados do usurpador quanto aos gastos empreendidos para a exploração e mercancia dos recursos lavrados, definiu que a base de cálculo, por razões de equidade, seria fixada em 50% (cinquenta por cento) do valor de mercado praticado pelo usurpador. Assim, o valor da indenização seria de 2% (dois por cento) sobre R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais). No dispositivo, o valor devido à União pela usurpação dos bens de sua propriedade: R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Infelizmente, apenas os valores são fictícios.

Despiciendo falar que, sob a roupagem de aplicação da lei ao caso concreto, o julgador tornou excepcionalmente lucrativo lavar recursos minerais de modo ilegal. Como se não bastasse a utilização de conceitos jurídicos que não se relacionam diretamente ao aspecto patrimonial do minério exaurido, desnecessário também falar sobre os efeitos extrajurídicos nefastos de uma decisão como essa: um verdadeiro convite à ilicitude.

Mas, enquanto subsistirem fórmulas de solução baseadas em subsunção casuística e descompromissada de uma visão sistemática do ordenamento jurídico, também persistirão tais idiosincrasias, ao livre alvedrio de cada operador jurídico.

Aqui surge o cerne da questão. Quando a exploração¹⁶ de recursos minerais é praticada ao largo ou em detrimento da lei, qual seria o parâmetro de equidade para a responsabilização civil do minerador, pois:

muito embora os danos estejam ocorrendo, a responsabilização pelos danos parece não estar sendo devidamente implementada.

[...]

Não basta saber o que é certo: é necessário ter a certeza que não se ficará impune [...], pois a certeza da punição reprime e educa melhor que a gravidade da pena [...]. Todo o dano significativo implica em punição de seu causador.¹⁷

Como afirmado de início, o direito moderno, atento às novas demandas em sede de responsabilidade civil, não se tem descurado na busca de bases científicas já existentes no sistema jurídico brasileiro, hábeis ao enfrentamento da realidade com fundamentação sistemática.

16 Muito embora, tecnicamente, exploração e explotação sejam fases distintas do empreendimento minerário (pesquisa e lavra), como a Constituição Federal utiliza o termo exploração com sentido de explotação, aqui serão também utilizados como sinônimos.

17 FRANCO, Dmitri Montanar. *Responsabilidade civil pelo dano ambiental na mineração*: aplicação das excludentes de responsabilidade. Dissertação de Mestrado. Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Geociências. Campinas, SP: [s.n.], 2007

Para tanto, devem ser utilizados parâmetros legais seguros e adequados ao caso concreto (não tarifados), com vistas a eliminar o dano ao patrimônio mineral, desmotivar a atividade ilícita e retornar, na medida do possível, ao “status quo ante” pela “restitutio in integrum”.

Ocorre que, paralelamente ao desenvolvimento dos estudos em matéria da responsabilidade civil, na prática haveria certo engessamento do paradigma ressarcitório, dificultando a efetiva recomposição particularizada dos prejuízos que não se encaixam nas indenizações tarifadas, que dominam no dia-a-dia do operador jurídico.¹⁸

Efeito disso é que acaba sendo privilegiada a prática do sopesamento consciente sobre as vantagens da ilegalidade, pois cometer o ato ilícito e efetuar o pagamento das indenizações correspondentes torna-se mais rentável do que seguir as regras, como ensina Pedro Ricardo e Serpa¹⁹, citando Vitor Fernandes Gonçalves:

a despeito de todos os inegáveis benefícios trazidos pelos desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil, a conjugação de tais modificações com a manutenção do paradigma ressarcitório (pelo qual a indenização se limita tão somente à recomposição do patrimônio lesado) trouxe consequências negativas no que toca à prevenção de novos prejuízos e à moralização de condutas ilícitas.

[...]

A manutenção do paradigma ressarcitório possibilita que em determinadas hipóteses um agente possa se valer de sua posição de hipersuficiência para, de antemão, elaborar cálculos destinados à quantificação do montante dos prejuízos a serem impostos a terceiros em razão da consecução de uma atividade de risco ou da realização de um ato ilícito. Tal possibilidade permite que se calcule *ex ante* o valor das indenizações a serem suportadas, permitindo ao potencial ofensor sopesar o quantum indenizatório a ser eventualmente pago com os benefícios econômicos a serem extraídos do ilícito. Desse sopesamento, pode-se concluir conscientemente ser mais vantajoso (do ponto de

18 MARQUES, Carlos Alexandre. A reparação do dano e a dignidade humana. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 99, abr. 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11312>.

19 SERPA, Pedro Ricardo e. *Indenização Punitiva*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2011. fls.9-10.

vista econômico) cometer o ato ilícito e efetuar o pagamento das indenizações correspondentes do que respeitar a Lei e evitar prejuízos.

Antes de mais nada, há de se superar o entendimento de que o minério no subsolo, de nada aproveita à União, pelo que não seria possível definir o seu valor econômico sem a “contribuição” do usurpador pelas técnicas e meios de produção utilizados para a sua extração.

Ora, o direito garante ao titular da propriedade, a utilidade do bem que lhe pertence. No caso dos recursos minerais, à União, como titular constitucional do bem jurídico, é reservado o direito de definir as condições de eventual aproveitamento econômico. Se o bem pertence à União e o seu aproveitamento econômico não foi autorizado, não se implementou a condição *sine qua non* para que se consolidasse a propriedade dos produtos lavrados na forma do artigo 176 da Constituição Federal.

Nesse aspecto, não há como endossar o disparatado entendimento de que a proteção jurídica a essa propriedade diminui, que a União se torna menos proprietária e, por conseguinte, menos ofendida em seu direito quando o usurpador dela usufrui, pelo simples fato de não deter essa titular os meios de produção hábeis a transformá-la e dela gerar lucros.

Essa concepção é disparatada e ignora o axioma básico de que a propriedade mineral é instrumento de consecução de finalidades estatais, constitucionalmente delimitadas:

O empreendimento minerário não é assumido ou executado pelo Estado, que apenas

consente na posse de coisa sua (recursos minerais), e regulamenta e fiscaliza a atividade em observância dos princípios do conteúdo ético e da destinação do bem ao uso geral. [...] Assim, a atividade mineira deve ser considerada como atividade econômica de interesse geral, sendo atividade que conta com grande ingerência do Estado no sentido de fiscalizá-la e regulamentá-la, tendo-se em vista proporcionar à coletividade um resultado ótimo na disposição dos recursos minerais.²⁰

Como todos os bens possuem valor instrumental, na medida em que suprem determinadas necessidades de seu titular, ao se examinar o prejuízo causado pela usurpação mineral, todas essas “necessidades” constitucionais que determinaram a sua especial tutela e foram ofendidas, não podem ser olvidadas.

Isso não é tarefa fácil.

²⁰ SERRA, op. cit.

Em sua brilhante dissertação de mestrado, Silvano José Gomes Flumignan²¹, demonstra que no plano do resultado antijurídico há dois momentos distintos, ligados por um nexo de correlação: o dano-evento, entendido como a lesão ao interesse ou bem juridicamente tutelado, correlacionado ao dano-prejuízo, segundo momento de apuração sobre a incidência ou não do fenômeno da responsabilidade civil.

Afirma o jurista que somente se existir esse segundo momento (o dano-prejuízo) é que incide a pretensão ressarcitória, pois sem esse momento pode haver a configuração da responsabilidade penal ou da responsabilidade administrativa, mas da civil, jamais. Em contrapartida, se houver indenização fixada apenas com base no dano-evento, sem a ocorrência do prejuízo, estará consolidada a figura do enriquecimento sem causa.

Ainda segundo a lição de Silvano Flumignan, cabe conceituar o que se entende por prejuízo jurídico, ou seja, por “dano-prejuízo”. Se o objetivo da indenização é o de reparar o prejuízo sofrido pela vítima, seu conceito necessariamente perpassa pela noção de efetiva e desfavorável alteração da relação jurídica que estabelecida entre o titular lesado com o objeto que foi negativamente modificado por terceiro.

Partindo dessa premissa o jurista afirma que há quatro teorias básicas que fundamentam a pretensão ressarcitória do dano-prejuízo.

A primeira, denominada Teoria da Diferença, consiste na operação aritmética incidente sobre o patrimônio do titular, entre o patrimônio existente após o dano e o que existiria potencialmente caso o dano não tivesse ocorrido. A diminuição sempre ser entendida no sentido de efeito lesivo, diminuição do escopo ao qual se presta, e sempre suscetível de avaliação econômica. Se houver alteração vantajosa, nada haveria de ser ressarcido:

Com a noção de mera subtração abstrata do patrimônio sem o evento danoso e após a sua ocorrência, o que hoje se considera o modo mais eficaz de reparação do dano, a indenização pelo equivalente, não poderia ser aceita por parte da teoria da diferença, pois tal previsão seria o mesmo que admitir uma análise concreta e objetiva do prejuízo e não mais abstrata e hipotética. Como se pode perceber, a teoria da diferença não se coaduna com a noção de reparação na modalidade específica ou tutela específica. A indenização é eminentemente econômica.²²

21 FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. *Dano-Evento e Dano-Prejuízo*. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação do Professor Titular Antonio Junqueira de Azevedo. São Paulo, 2009.

22 Ibidem.

A segunda, a Teoria Objetiva, é aquela que se utiliza do valor objetivo, ou seja, do valor de mercado a que corresponda o bem lesado. Citando Adriano de Cupis, Silvano Flumignan afirma que, para alguns, a concepção desta Teoria equivale a uma mentalidade primitiva que não corresponde a noção jurídica de dano, pois não considera as variáveis determinantes de um mesmo fato e que podem levar a diferentes consequências. Para Silvano Flumignan, contudo, haveria mais uma objeção de ordem prática. Ao se adotar a concepção da Teoria Objetiva há o risco de nem sempre serem reparados os prejuízos efetivamente causados, pois o valor de mercado pode não guardar correspondência com o real valor daqueles.

A terceira é a Teoria da Concepção Subjetiva ou Real-Concreta e surgiu, exatamente, da insuficiência das duas teorias anteriormente descritas. O interessante nessa corrente é que, configurado o dano-evento pela simples violação objetiva do bem/interesse jurídico tutelado, o dano-prejuízo é avaliado a partir da alteração global no estado das coisas, e não a partir do bem abstratamente considerado. Desse modo, também se dirige o foco ao sujeito afetado pela alteração negativa, e, desta feita, o valor comercial é apenas um dos parâmetros que delineará a indenização:

Cabe ressaltar que a consideração das características concretas relacionadas ao sujeito e que servem como critério para se chegar no montante real do dano-prejuízo servem não somente para os danos patrimoniais, mas também para os não patrimoniais. É claro que nos prejuízos patrimoniais o valor comercial (concepção objetiva do dano) – e o preponderante, mas não o único critério. Ele será mais um dos parâmetros de fixação do prejuízo que baseará a indenização.

[...]

Ela é uma teoria subjetiva, porque se atenta a circunstâncias específicas relacionadas ao lesado e também é real-concreta, porque exige a observância dos fatores singulares do dano.

Maita Maria Naveira Zarra assevera que a inovação de Fernando Pantaleón Prieto é uma resposta aos problemas da teoria da diferença, basicamente na ampliação excessiva da “eficácia exoneradora dos cursos causais hipotéticos”

[...]

A autora conclui que o conceito de dano (dano-prejuízo), que além de subjetivo seja real concreto, faz com que o dano seja um fato concreto, da realidade. Somente com isso se pode chegar a um valor efetivo para a vítima.

[...]

Com isso, nada impede que o dano apurado seja superior ou até mesmo inferior àquele obtido com a análise meramente objetiva do valor de mercado, pode também, coincidir com aquele. O que importa é saber que o valor real e o valor de mercado são entidades distintas, pois os critérios para a sua aferição são distintos.²³

Por último, a Teoria da Concepção Subjetiva Pós-moderna ou Real-concreta Pós-moderna é aquela que contempla a abordagem sistemática dos danos coletivamente considerados. Estes, entendidos como a consequência prejudicial aos bens/interesses jurídicos de ordem coletiva, o que não se confunde com a simples soma dos danos individualmente considerados, constituindo modalidade de dano de consequências sociais.

Cabe aqui um destaque à teoria do ‘dano social’, expressão cunhada pelo jurista Antonio Junqueira de Azevedo, Titular do Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, recentemente falecido.

Antônio Junqueira de Azevedo não alargou o conteúdo da indenização, mas alargou o conceito de dano, com base no artigo 944 do Código Civil:

O artigo 944 do Código Civil, ao limitar a indenização à extensão do dano, não impede que o juiz fixe, além das indenizações pelo dano patrimonial e pelo dano moral, também [...] uma indenização pelo dano social. A ‘pena’ – agora entre aspas, porque no fundo é reposição à sociedade [...] Os danos sociais, em tese, poderiam ir para um fundo, como já acontece no caso dos danos ambientais [...] Todavia, [...] pensamos que a indenização por um dano social deve ser entregue à própria vítima que foi parte no processo²⁴

Afirmava o Professor Antônio Junqueira que, no tocante à responsabilidade civil por danos materiais, os artigos 402 a 404 do Código Civil tratam das perdas e danos, prevendo aqueles que são legitimados a

²³ FLUMIGNAN, op. cit.

²⁴ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Por uma nova categoria de Dano na responsabilidade civil*. Saraiva: São Paulo, 2010.

pleitear a correspondente indenização, englobando os danos emergentes ou danos positivos e também os lucros cessantes ou danos negativos, o que a pessoa razoavelmente deixou de lucrar. Para ele, os danos sociais, por sua vez, são lesões à sociedade, no seu nível de vida, tanto por rebaixamento de seu patrimônio moral – principalmente a respeito da segurança – quanto por diminuição na qualidade de vida.

O dano social seria, pois, aquele que repercute socialmente, podendo gerar prejuízos de ordem patrimonial ou imaterial aos membros da coletividade, devido a um rebaixamento moral, uma perda de qualidade de vida. O dano social estaria caracterizado, por exemplo, nas condutas socialmente reprováveis, que fazem mal ao coletivo, movidas pelo intuito egoísta.

Digno de nota o que leciona Jorge Luiz Souto Maior, para quem o surgimento de todas essas teorias, por óbvio, não podem ser tidas como desprovidas de qualquer significação:

A sua relevância parte do reconhecimento de que uma sociedade, que se desenvolve nos padrões do capitalismo, para sobreviver, depende da eficácia das normas do Direito Social, pois esse é o seu projeto básico de desenvolvimento.

[...]

As pontes, as ruas, as estradas, os túneis, são construídos à custa do sacrifício dos direitos sociais. Como cidadão, é possível dizer: “isso é uma vergonha!”

[...]

Cumprir verificar que o próprio Direito Civil avançou no reconhecimento da situação de que vivemos em uma “sociedade de produção em massa”.

[...]

Atualmente, nos termos dos arts. 186 e 187 do Código Civil, aquele que, ultrapassando os limites impostos pelo fim econômico ou social, gera dano ou mesmo expõe o direito de outrem a um risco comete ato ilícito. O ilícito, portanto, se perfaz pela provocação de um dano a outrem, individualmente identificado, quanto pela desconsideração dos interesses sociais e econômicos, coletivamente considerados. Na ocorrência de dano de natureza social, surge, por óbvio, necessidade de

se apenar o autor do ilícito, para recuperar a eficácia do ordenamento, pois um ilícito não é mero inadimplemento contratual e o valor da indenização, conforme prevê o art. 944, do CC, mede-se pela extensão do dano, ou seja, considerando o seu aspecto individual ou social. Como já advertira Paulo Eduardo Vieira de Oliveira, o efeito do ato ilícito é medido, igualmente, sob o prisma da integridade social.

Rompidas foram, pois, em termos de definição do ilícito e de sua reparação, as fronteiras do individualismo. No aspecto da reparação, o tema em questão atrai a aplicação do provimento jurisdicional denominado na experiência americana de *fluid recovery* ou ressarcimento fluído ou global.

[...]

O renomado autor italiano, Mauro Cappelletti, desde a década de 70 já preconiza essa necessária avaliação da realidade. Como diz o referido autor, “Atividades e relações se referem sempre mais frequentemente a categorias inteiras de indivíduos, e não a qualquer indivíduo, sobretudo.

[...]

Não se trata de uma atitude que visa enriquecer indevidamente o autor. Seu propósito é inibir a repetição do ilícito; anular o lucro obtido pelo réu com a atitude de agressão ao ordenamento; e fazer crer a todos os demais empregadores, concorrentes do réu, que o respeito à ordem jurídica não lhes representa um prejuízo concorrencial. O que se exige do juiz é que, diante do fato demonstrado, que repercute no interesse social, penalize o agressor para desestimulá-lo na repetição da prática e para compensar o benefício econômico já obtido. A medida corretiva, assim, vai desde a condenação ao pagamento de uma indenização adicional (ou suplementar), destinada ao autor da ação individual, em virtude da facilidade de implementação da medida, até a determinação de obrigações de fazer, voltadas a práticas de atos em benefício da comunidade.²⁵

Interessante notar que na IV Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, foi aprovado o Enunciado n. 274, prevendo que:

25 MAIOR, Jorge Luiz Souto Maior. O Dano Social e sua Reparação. *Revista LTr*, v. 71, n. 11, 71-11/1317 nov. 2007.

Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação.

Disso se extrai, segundo o Professor Antonio Junqueira, que do mesmo modo que têm sido reconhecidos novos direitos da personalidade (além dos constantes da codificação privada) seria plenamente plausível a possibilidade da ocorrência de novos danos reparáveis.

Contemplando a existência do dano social, é importante ressaltar o que ficou estabelecido por ocasião da na V Jornada de Direito Civil do CJP/STJ, quando aprovado o enunciado 455, segundo o qual:

a expressão “dano” no art. 944 abrange não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas também os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos a serem reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas.

Algumas decisões já se utilizaram da doutrina do dano social, a exemplo das Turmas Recursais do Estado do Rio Grande do Sul, cujo excerto da decisão de 12 de julho de 2007, do Recurso Cível nº 71001281054, de relatoria do Desembargador Ricardo Torres Hermann, segue abaixo transcrito.

[...]

1. Não há que se falar em perda de uma chance, diante da remota possibilidade de ganho em um sistema de loterias. Danos materiais consistentes apenas no valor das cartelas comprovadamente adquiridas, sem reais chances de êxito.
2. Ausência de danos morais puros, que se caracterizam pela presença da dor física ou sofrimento moral, situações de angústia, forte estresse, grave desconforto, exposição à situação de vexame, vulnerabilidade ou outra ofensa a direitos da personalidade.
3. Presença de fraude, porém, que não pode passar em branco. Além de possíveis respostas na esfera do direito penal e administrativo, o direito civil também pode contribuir para orientar os atores sociais no sentido de evitar determinadas condutas, mediante a punição econômica de

quem age em desacordo com padrões mínimos exigidos pela ética das relações sociais e econômicas. Trata-se da função punitiva e dissuasória que a responsabilidade civil pode, excepcionalmente, assumir, ao lado de sua clássica função reparatória/compensatória. “O Direito deve ser mais esperto do que o torto”, frustrando as indevidas expectativas de lucro ilícito, à custa dos consumidores de boa fé.

4. Considerando, porém, que os danos verificados são mais sociais do que propriamente individuais, não é razoável que haja uma apropriação particular de tais valores, evitando-se a disfunção alhures denominada de overcompensation. Nesse caso, cabível a destinação do numerário para o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, criado pela Lei 7.347/85, e aplicável também aos danos coletivos de consumo, nos termos do art. 100, parágrafo único, do CDC. Tratando-se de dano social ocorrido no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, a condenação deverá reverter para o fundo gaúcho de defesa do consumidor.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento de recurso especial processo nº 741868/GO, de relatoria da Ministra Carmen Lúcia, também enfrentou o novel instituto do “dano social”:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSUMIDOR. DANO SOCIAL. OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. AGRAVO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO.

Relatório 1. Recurso extraordinário interposto com base na alínea a do inc. III do art. 102 da Constituição da República contra julgado da Primeira Turma Julgadora Mista da 7ª Região do Tribunal de Justiça de Goiás, que decidiu: “APELAÇÃO CÍVEL [RECURSO]. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. CONDUTA CAUSADORA DE DANOS MORAIS. VALOR ARBITRADO SEGUNDO PARÂMETROS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. DANO PUNITIVO. POSSIBILIDADE NO SISTEMA JURÍDICO PÁTRIO. NORMA PROIBITIVA DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. INSTITUIÇÃO DE CARÁTER SOCIAL BENEFICIÁRIA DE PARTE DO VALOR. Pretensão indenizatória oriunda de constrangimentos passados por consumidores de serviço de telefonia móvel como o cancelamento do número da linha, sem possibilidade de portabilidade e migração. Não pode o judiciário compactuar com a conduta levada a efeito pelos prepostos da ré, posto que, empresas que atuam por concessão do poder público tem o dever jurídico de prestar

suas atividades essenciais com eficiência, atenção e consideração no trato para os cidadãos. Não há um critério legal fechado, menos ainda tarifado, para fixação do valor compensatório do dano moral. Devem, então, ser observados os critérios doutrinários e jurisprudenciais norteadores dessa fixação. O valor arbitrado não deve tornar a indenização por dano moral fonte de enriquecimento sem causa para o autor da ação, mas apenas a justa medida da compensação da dor pelo ocorrido. Outrossim, deve-se ater, na tarefa de arbitramento de um justo valor compensatório, para o viés de punição ao infrator, capaz de desestimulá-lo a reincidir na prática do ato ilícito, tudo visando resguardar que empresas como a executada mudem de postura, coibindo a reiteração de condutas lesivas, que desrespeitam os direitos dos consumidores e representam o chamado dano social. Por tal razão, buscando equilibrar todos esses elementos, pode o julgador destinar parte do valor da condenação à instituição pública de caráter social. Recurso parcialmente provido, para reformar parcialmente a sentença, declarando rescindido o contrato de prestação de serviços firmados pelas partes. Mantida, no mais, a sentença” (fl. 82).

2. A Recorrente alega que a Turma Recursal teria contrariado o inc. XXXIX do art. 5º da Constituição da República. Argumenta que: “não existe qualquer dispositivo processual que autorize o douto Magistrado a impor a referida ‘indenização social’, por mais que a justifique com base no sistema protetivo à relação de consumo e aos consumidores. Ora, o próprio Código de Defesa do Consumidor não previu indenização a esse título” (fl. 103). Apreciada a matéria trazida na espécie, DECIDO.

3. Razão jurídica não assiste à Agravante. O Juiz Relator na Primeira Turma Julgadora afirmou: “o ‘quantum’ indenizatório do dano moral vem se mantendo num patamar que não provoque no beneficiário acréscimo substancial de patrimônio e, assim permanecendo, não serve de incentivo às empresas para adoção de medidas que impliquem melhoria dos produtos e serviços. A condenação punitiva viria, então, em complemento àquela indenização concedida à vítima em particular, em observância à repercussão social daquele comportamento negligente do fornecedor. A juíza prolatora da sentença atacada fundamentou com maestria a medida, não merecendo qualquer reparo, seja para diminuição do valor, seja para sua supressão, seja para aumentar a indenização da vítima. Transcrevo trecho da fundamentação: “[...] De outro lado, de forma indireta a finalidade dessa pena privada, de

que estou tratando, também terá reflexos sobre outras empresas do mesmo ramo que insistem em manter na sua planilha de custos e benefícios a infringência aos direitos dos consumidores como fator multiplicador de suas riquezas. O art. 883, parágrafo único do Código Civil, preceitua que ‘no caso deste artigo, o que se deu reverterá em favor de estabelecimento local de beneficência, a critério do juiz’. O dispositivo está inserido no capítulo do pagamento indevido de forma a justificar que eventual pagamento feito nessas condições poderá ter uma destinação social. Ora, interpretando-se teleologicamente a norma, tenho que em se tratando de punição ao chamado dano social o benefício deve vir em prol da mesma sociedade afetada. Assim, o valor a ser fixado pode ser revertido tanto para um dos Fundos existentes no município que têm cunho social ou mesmo de forma direta para uma entidade com o mesmo escopo. Para concluir, o dispositivo invocado é norma de ordem pública e por tal motivo independe de qualquer pedido para sua apreciação e aplicação e ofício” (fls. 87-88 – grifos nossos). Decidir de modo diverso do que assentado nas instâncias precedentes dependeria da análise prévia de legislação infraconstitucional aplicada à espécie (Código de Processo Civil e Código de Defesa do Consumidor). Assim, a alegada contrariedade à Constituição da República, se tivesse ocorrido, seria indireta, o que não viabiliza o processamento do recurso extraordinário: “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. JULGADO RECORRIDO FUNDAMENTADO EM LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL: OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO” (ARE 721.495-AgR, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 1.2.2013). Nada há a prover quanto às alegações da Recorrente. 4. Pelo exposto, nego seguimento a este recurso extraordinário (art. 557, caput, do Código de Processo Civil e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Publique-se. Brasília, 29 de abril de 2013. Ministra CÁRMEN LÚCIA Relatora

Interessante ressaltar da decisão acima transcrita, o fato de que se determinou que o “quantum” indenizatório fosse objeto de arbitramento para atender a expressa declaração de função punitiva, subjacente à reparatória,

tudo visando resguardar que empresas [...] mudem de postura, coibindo a reiteração de condutas lesivas, que desrespeitam os direitos.

Para o jurista Diogo Naves Mendonça, é muito comum encontrar na jurisprudência a utilização de critérios como o grau de culpa do ofensor, a sua situação econômica, o contexto em que foi provocada a lesão e a repercussão da ofensa, denotando claramente uma lógica econômica voltada à dissuasão. Ele avalia que, principalmente o Superior Tribunal de Justiça, vale-se da expressão “desestímulo” quando enfrenta a quantificação de indenizações, sem, contudo, assimilar um instrumento capaz de viabilizar e controlar a realização da função dissuasória. E conclui, de forma irretorquível, que para atingir tal desiderato, o julgador se utiliza de noções de equidade, razoabilidade, bom senso e, também de modo vago, à impossibilidade de enriquecimento sem causa, o que é nítido sinal de que o desestímulo acaba fundado em elementos de intuição do julgador:

A Análise Econômica da Responsabilidade Civil oferece ferramentas voltadas a evitar saídas desse tipo na estimação do montante indenizatório. Assumindo-se a premissa de que a responsabilidade civil serve de instrumento à realização de fins socialmente desejáveis, torna-se recomendável a fixação de indenizações extraordinárias, não apenas para maior (indenizações sobreordinárias), mas também para menor (indenizações subordinárias). Quanto às últimas, pode-se citar o exemplo do artigo 944, parágrafo único, do Código Civil, que permite ao juiz reduzir a indenização quando há desproporção entre a culpa ao dano. Quanto às primeiras, o grande desafio está em saber quando se apresenta recomendável a fixação de uma indenização punitiva. E, nesse ponto, a Análise Econômica da Responsabilidade Civil tem muito a contribuir, sempre a partir da preocupação em promover a redução ótima dos eventos danosos. É muito comum encontrarmos nos livros de responsabilidade civil a afirmação de que a indenização deve permitir que se retorne ao “statu quo ante”. Pois bem, a Análise Econômica demonstra que, em determinadas situações, a quantificação da indenização deve fazer com que não apenas a vítima retorne ao estado anterior, mas também o lesante. E, para isso, pode ser necessária a fixação de indenizações punitivas. As indenizações punitivas servem precisamente para afastar determinadas condutas oportunistas, forçando a que o próprio lesante volte ao estado anterior ao dano, através da retirada de todo e qualquer benefício que ele esperava obter com a ação lesiva. Em última análise, é preciso evitar que a causação do dano seja mais vantajosa do que o seu impedimento. Essa é a lógica econômica das indenizações punitivas.²⁶

26 MENDONÇA, Diogo Naves Mendonça. *Análise Econômica da Responsabilidade Civil: o dano e a sua quantificação*. São Paulo: Atlas, 2012.

Também sobre esse aspecto, assim se posiciona a jurista Maria Cândida do Amaral:

O Código Civil brasileiro de 1916 seguiu a tradição francesa e não consagrou uma cláusula genérica de vedação do enriquecimento sem causa, limitando-se a regular alguns casos específicos de enriquecimento sem causa como a repetição do indébito. Em assim se posicionando, o direito brasileiro, de certa forma, encurtou o campo de aplicação do enriquecimento sem causa, como princípio geral de Direito. A doutrina e jurisprudência todavia contemplaram o enriquecimento sem causa como fonte de direito para aplicação em situações específicas.

[...]

O Código Civil de 2002, por sua vez, veio a alterar esse quadro revelando a influência do direito germânico, italiano e português.

[...]

O artigo 884 ao dispor que 'Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários', acaba por positivizar o princípio de direito que condena o enriquecimento sem causa às custas do patrimônio alheio. Em assim procedendo, o direito brasileiro acompanhou a tendência das codificações modernas abrindo espaço para a consagração de uma cláusula geral que acolhe o enriquecimento sem causa. Esta inserção do enriquecimento sem causa no novo Código Civil foi muito louvada pela doutrina, ademais porque foi feita por meio de uma cláusula geral cuja finalidade é trazer para o fenômeno jurídico aquilo que foi denominado 'válvula para exigências ético-sociais'. Assim permite-se que a evolução da sociedade seja acompanhada pelo direito porque confere ao intérprete e ao aplicador da lei uma maior flexibilidade para adaptar a norma às situações de fato."²⁷

Abra-se também um parêntesis sobre complexa questão do instituto do enriquecimento ilícito como fenômeno inexplorado e independente da responsabilidade civil. Inclusive, muitos juristas já criticaram a inclusão do

27 KROETZ, Maria Cândida do Amaral. *Enriquecimento sem causa no direito civil brasileiro contemporâneo e recomposição patrimonial*. Tese aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor no Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Paraná, 2005.

dano como elemento essencial da ilicitude, uma vez que ilicitude significa transgressão à ordem jurídica e o dano, por sua vez, seria a consequência da transgressão à ordem jurídica. A crítica seria de que uma leitura literal do artigo 186 do Código Civil sugere a ideia de que a ilicitude estaria necessariamente atrelada ao resultado danoso. Para alguns doutrinadores essa interpretação estaria mitigando a possibilidade da “punição” civil do infrator quando da prática de ato ilícito que não gera prejuízos quantificáveis à vítima (dano real *versus* dano patrimonial, este último no sentido de dano ao patrimônio tutelado pelo ordenamento jurídico:

Uma coisa é a morte da vítima, as fracturas, as lesões que ela sofreu (dano real); outra, as despesas com médicos, com internamento; o funeral, os lucros que o sinistrado deixou de obter em virtude da doença ou da incapacidade, os prejuízos que a falta da vítima causou aos seus parentes (dano patrimonial).²⁸

A moderna doutrina tem procurado – ainda sem êxito – separar com clareza os institutos da responsabilidade civil e do enriquecimento sem causa, tudo com vistas a privilegiar melhor técnica. Para o Professor Giovane Ettore Nanni²⁹, o enriquecimento sem causa possui um caráter dúplice, como fonte obrigacional, quando dá ensejo à interposição da ação de enriquecimento, e como princípio corretivo.

É bom esclarecer que o Código Civil de 1916 não tratava expressamente da matéria do enriquecimento ilícito como fonte de obrigações. Isso porque Clóvis Beviláqua, autor em 1899 do anteprojeto que originou o Código Civil de 1916, pensava ser desnecessário regrar o tema de forma específica, eis que o direito e a equidade poderiam plenamente se satisfazer sem a criação de mais essa figura de causa geradora de obrigação. Para ele, a pretensão de enriquecimento atuaria na esfera do enriquecido, ao passo que na responsabilidade civil a preocupação é com a reposição ao estado anterior do patrimônio do lesado.

Nesse diapasão, quando o artigo 884 do Código Civil cria a obrigação genérica de restituir o benefício obtido sem justa causa à custa de outrem adere a esse escopo mais aberto e flexível do enriquecimento ilícito. Seria preciso averiguar em que medida a vantagem foi obtida em detrimento de bens jurídicos alheios e em que medida esta vantagem defluiu do próprio patrimônio do enriquecido e de seus esforços particulares.

28 VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral*. 10. ed. v. I. Coimbra: Almedina, 2000. p. 598.

29 NANNI, Giovane Ettore. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/enriquecimento-sem-causa/7888>>.

Para Vieira Gomes³⁰, com vistas a satisfazer melhor as finalidades do instituto do enriquecimento sem causa, seria de bom alvitre a introdução de um novo elemento de análise: a boa ou má-fé do enriquecido.

Destarte, o enriquecimento sem causa teria um aspecto muito mais elástico do que mera fonte obrigacional, sendo um princípio informador de todo o direito obrigacional, como ocorre, por exemplo, na fixação das indenizações. Desse modo, o enriquecimento ilícito influenciaria qualquer relação obrigacional na condição de cláusula geral. Mas disso não se tratará nesta ocasião.

O que importa de todas essas discussões doutrinárias é a riqueza de debates sobre as funções decorrentes da norma geral em matéria de responsabilidade civil, inserta no caput do artigo 944 do Código Civil, ao fixar que a indenização mede-se pela extensão do dano.

Regra geral, a indenização não desempenharia função punitiva, devendo corresponder ao efetivo prejuízo provocado. Porém, cada vez com maior força, dentre os danos reparáveis de nova geração, encontramos os denominados “punitive damages”.

Essa doutrina de inspiração anglo-saxônica sugere que o *quantum* indenizatório deveria abranger também a punição do causador do dano. Nesse aspecto, modernamente poder-se-ia falar em três funções da responsabilidade civil: a reparadora, a punitiva e a preventiva.

Muito embora haja muitas ressalvas na doutrina e na jurisprudência brasileiras quanto à natureza punitiva da indenização, na IV Jornada de Direito Civil, foi aprovado o Enunciado n. 379, prevendo que: *O art. 944, caput, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil.*

No direito comparado, em interessante ensaio denominado *What Kinds of Punitive Damages May Be Awarded for Willful Trespass to Minerals?* elaborado por Jeff A. Woods com a colaboração dos alunos da Faculdade de Direito da Universidade de Kentucky, consta uma análise sobre os critérios indenizatórios utilizados pelos tribunais de diversos estados norte-americanos para a reparação decorrente da usurpação mineral, bem como a utilização da função punitiva nessa matéria:

As the harsh rule penalizes the willful trespasser by not allowing deduction of his expenditures, it takes on a punitive nature. That is, it not only forces the trespasser to disgorge profits – which is accomplished by the innocent trespass measure of sales less expenses – but forces the trespasser to pay over the full sales value after having

30 GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*. Porto: Coimbra, 1998.

already paid all the costs of getting the mineral to a sale. To the extent that the willful trespass measure is punitive in nature, an additional award of punitive damages on top of the penalizing “compensatory” damages would seem redundant in most cases.

The harsh rule not only forces the willful trespasser to essentially pay his mining and production expenses twice, but also represents a windfall to the typical owner who could not have expected to receive more than a royalty value, or if he were in a position to produce the mineral himself, not more than a net profit. Most jurisdictions explicitly recognize the punitive nature of the harsh measure of damages, as addressed in the state-by-state survey below, but at least one jurisdiction (Texas) has refused to treat the harsh rule as punitive.

Issues to consider in response to a willful trespass claim that seeks damages for the full sale value of the mineral and/or punitive damages include (1) when and how to challenge a claim for both full mineral value and traditional punitive damages; and (2) whether and when to challenge a claim for full sales value of the mineral as exceeding the constitutional due process limitations for punitive damage awards. Imposing punitive damages in addition to the traditional damage measure for willful trespass is arguably duplicative, and therefore assertions that punitive damages should be denied as a matter of law may be affirmative defenses to be raised at the time of the Answer or in motions to dismiss for failure to state a claim. In some jurisdictions, such issues may not be raised until the time of the jury instruction conference. The timing of a constitutional due process defense to the willful trespass measure may also vary from jurisdiction to jurisdiction, and the procedure for same is beyond to scope of this chapter.

[...]

Punitive damages are definitely available for willful trespass claims, despite what they may be called in a given jurisdiction. Because awarding the full sales value of the mineral as damages is punitive itself, virtually all jurisdictions authorize awards of damages that are penalizing, punitive, and exemplary in nature for willful trespass to minerals. What is much less certain is which jurisdictions would allow traditional punitive damages in addition to those willful trespass awards. Certainly several have suggested or even insisted not (including Alaska, Arkansas, California, Illinois, Kentucky, Ohio, Oklahoma, and

Pennsylvania), while others have suggested they might (including Indiana and Maryland), and one (Texas) has actually done so. Even more uncertain is whether willful trespass awards alone, or traditional punitive damage awards in addition to willful trespass awards, can be successfully challenged under relatively new due process standards emanating from the Supreme Court. Answers to these questions must remain open for future discourse.³¹

Dessa longa exposição de conceitos doutrinários e teorias jurídicas, pergunto-me, se os critérios atualmente adotados para aquilatar a extensão do prejuízo oriundo da exploração ilegal de recursos minerais não estariam privilegiando uma visão tarifada e limitada da indenização cabível, com base em parâmetros econômico-geológicos, que têm a sua finalidade própria, mas não necessariamente oferecem critérios jurídicos seguros para a reparação dos prejuízos à relação jurídica entre o titular e o bem, rompida indevida e definitivamente.

Se é fato que a indenização visa à integral reparação do dano, também é fato que diante de todo o arcabouço normativo que rege a matéria, não há sentido de que os prejuízos causados a esses bens gozem de tutela tão limitada.

Não se descurando da premissa de que essas novas bases teóricas, a pretexto de realizarem a justiça, não podem desconsiderar ou violentar o direito positivado, não se pode fechar os olhos ao ambiente propício para a (re) discussão das bases indenizatórias cabíveis para a tutela daqueles interesses cujos prejuízos excedem os limites comumente observados pelo critério objetivo-econômico.

Diante do caso concreto e particularmente considerado, entende-se que a União dispõe de meios jurídicos hábeis a demonstrar que o prejuízo à integridade do seu patrimônio minerário, rígida e constitucionalmente tutelado, excede em muito a equivalência pelo lucro líquido obtido ilícitamente pelo infrator, ainda que seja necessário recorrer ao arbitramento do valor devido.

4 CONCLUSÃO

Em reportagem intitulada ‘Conjunto de falhas’ apontadas como causa do rompimento da barragem de Mariana³², a jornalista afirma que apesar de ser bem técnico e evasivo, o especialista Norbert Morgenstern explicou que devido à uma “sequencias de eventos” acabou provocando o rompimento da barragem em Mariana.

31 WOODS, Jeff A. *What Kinds of Punitive Damages May Be Awarded for Willful Trespass to Minerals?* Disponível em: <http://www.emlf.org/clientuploads/directory/whitepaper/Woods_08.pdf>.

32 Publicada em 29 de agosto de 2016 por Laureen Bessa. Disponível em: <<http://www.eshoje.jor.br/>>.

De acordo com o estudo, a liquefação do fluxo fluido de rejeitos de minério acabou aumentando o nível de saturação da barragem, não conseguindo manter o contingenciamento. “Uma alteração no projeto trouxe um aumento na saturação que introduziu o potencial para liquefação. Como resultado de vários desenvolvimentos, as lamas foram depositadas em áreas não previstas, na ombreira esquerda da barragem e o alinhamento do maciço foi recuado da sua localização originalmente planejada. Como resultado desse recuo, existiam lamas abaixo do maciço que foram sujeitas ao carregamento que seu alteamento impôs. Isso iniciou um mecanismo de extrusão das lamas e dragagem das areias das partes altas do maciço. Com apenas um pequeno incremento adicional de carga produzido pelos abalos sísmicos, o gatilho da liquefação foi acelerado e iniciou o fluxo de rejeitos”.

Segundo o estudo, as falhas que desencadearam até o rompimento da barragem, iniciou em 2008, com os defeitos na construção dos drenos de fundo, que danificou o conceito original da obra. Apesar de ter havido a revisão do projeto em 2010, ampliou o nível saturação das paredes da barragem, o que também aumentou o processo de liquefação da areia.

Contudo, um novo incidente ocorreu no local, entre os anos de 2011 e 2012, durante as obras, houve o vazamento de lama, fazendo com que elas se depositassem em áreas onde não estavam previstas para a sua disposição. Ainda em 2012, uma “ombreira” foi colocada para separar os rejeitos, entretanto, a do lado esquerdo foi considerada “deficiente e incapaz de suportar a carga sobreposta”, ou seja, o maciço acabou ficando em cima da lama.

No Relatório Final ³³ da Comissão Externa da Câmara dos Deputados sobre o rompimento da Barragem de Fundão, em Mariana/MG, é asseverado que a mineração de ferro ainda é indispensável na vida atual, mas deve, como qualquer outra atividade produtiva, considerar a responsabilidade socioambiental das empresas no mesmo nível dos lucros.

A expositora Maria Dalce Ricas sugeriu que a Câmara dos Deputados instituisse uma comissão permanente, composta por Parlamentares comprometidos com o bem público, a proteção do meio ambiente e a segurança das atividades econômicas necessárias ao País,

³³ Os dados desta Introdução foram retirados do Relatório: avaliação dos efeitos e desdobramentos do rompimento da Barragem de Fundão em Mariana-MG, fev/2016, do Grupo da Força-Tarefa instituída pelo Decreto Estadual (MG) nº 46.892/2015, bem como do noticiário veiculado na mídia, em especial, nos seguintes sítios eletrônicos: <<http://www.em.com.br>; www.otempo.com.br>; hojeemdia.com.br; g1.globo.com.br; <<http://www.folha.uol.com.br>> e <<http://www.estadao.com.br>>.

para acompanhar a aplicação dos recursos e das multas aplicadas à Samarco para a recuperação da bacia, impedindo que sejam desviados, como é comum acontecer. Essa comissão seria também uma instância de recorrência da sociedade contra as atividades econômicas a qualquer custo, além de não deixar que a sociedade esquecesse a tragédia, como ocorreu na região serrana do Rio de Janeiro.

No Relatório, o DNPM fez questão de deixar consignado que hoje, no Brasil, são dez mil concessões de lavra de todos os bens minerais e trinta mil alvarás de pesquisa. Os números mostram que o Brasil é um país minerador, sendo indispensável que se exija do empreendedor boas práticas e sustentabilidade, tendo em vista as consequências da atividade de mineração.

Em acréscimo, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais ressaltou a gravidade das práticas existentes no local onde ocorreu a tragédia:

A situação é muito grave, pois existem aproximadamente 10 milhões m³ depositados no fundo da barragem de Santarém com potencial de se deslocar até os cursos d'água. A Samarco vem adotando algumas medidas de reforço e reestruturação da barragem de Santarém e construiu três diques a jusante dela, com a intenção de conter a lama que continua a passar pelo extravasor. Só que a conclusão dos técnicos do MPMG é a de que esses diques não estão sendo suficientes para conter a lama, foram feitos de forma extremamente precária e sem obediência às normas técnicas pertinentes. Segundo o laudo pericial, os diques S1, S2 e S3 não passam de um aglomerado de pedras britadas, sem estrutura armada, dispostas aleatoriamente, sem promover o barramento ou a contenção dos rejeitos provenientes de montante. Não é possível identificar a presença de estruturas hidráulicas, tais como vertedouro e descarga de fundo, nem mesmo a existência de drenos e filtros internos. Os rejeitos passam pelas referidas estruturas e não são contidos, pois o corpo hídrico a jusante permanece com a coloração marrom-avermelhada, com característica de rejeitos.

Apesar de não se tratar diretamente de caso de lavra ilegal, a tragédia de Mariana/MG é pedagógica no sentido da necessidade de maior rigidez no controle da atividade minerária no país, bem como na inibição das corriqueiras ilegalidades. O ato predatório, paralelamente ao dano causado em detrimento desse importante patrimônio público do povo brasileiro, pode acarretar outros prejuízos incomensuráveis ao meio ambiente e à qualidade de vida da população.

A pretensão da União nessas ações indenizatórias passa muito distante do viés arrecadatório, como alguns teimam em insinuar. A busca pela reparação, parametrada no valor econômico do minério usurpado é apenas uma das facetas teleológicas defendidas pela União nessa espécie de ação.

Se a nova ordem econômica mundial provocou revolução profunda no setor mineral, estimulado os países a revisarem, em substância, seus marcos legais, de forma a instrumentalizar o dever estatal de assegurar a máxima utilização dos recursos, mediante todos os meios ao seu alcance para evitar a destruição ou o mau uso das riquezas do subsolo, não há que se privilegiar exegese que limite a consecução dessa finalidade precípua.

Se não mais prospera a visão inocente de que o usurpador age por questões de ignorância ou rudimento, há de lhe ser imposto o tratamento adequado a todo aquele que vulnera os valores mais caros da sociedade, em busca do lucro fácil.

Nesse passo, a reparação civil vai diretamente ao cerne do que mais temem os usurpadores: a expressiva perda de qualquer proveito financeiro.

Os meios jurídicos são vastos e as discussões doutrinárias revelam um ambiente profícuo para o aprofundamento das teses sobre a matéria proposta. E, nesse aspecto, a Constituição precisa ser aplicada – também pelo viés reparatório – para que possa, de fato, cumprir o seu papel de fomento econômico, controle regulatório e de responsabilidade social no tocante a atividade de mineração do Brasil.

REFERÊNCIAS

ARONNE, Ricardo. Os direitos reais na constitucionalização do direito civil. *Direito & Justiça*, v. 39, n. 2, p. 175-196, jul./dez. 2013.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Por uma nova categoria de Dano na responsabilidade civil*. Saraiva: São Paulo, 2010

CAPANEMA, Carolina Marotta. *A natureza política das Minas: mineração, sociedade e ambiente no século XVIII*. 2013. Tese (Doutorado)- Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas.

DAVID, Tiago Bitencourt de. O Que Ainda Nos Resta da Epieikeia de Aristóteles: Estudo Sobre Os Conceitos e Usos Clássicos e Contemporâneos de Equidade Jurídica. *Revista Jurídica Síntese*, n. 454, ago. 2015.

FLUMIGNAN, Silvano José Gomes Flumignan. *Dano-Evento e Dano-Prejuízo*. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação do Professor Titular Antonio Junqueira de Azevedo. São Paulo, 2009.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002. Biblioteca Digital de Revistas.

FRANCO, Dmitri Montanar. *Responsabilidade civil pelo dano ambiental na mineração: aplicação das excludentes de responsabilidade*. Dissertação de Mestrado. Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Geociências. Campinas, SP: [s.n.], 2007.

GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*. Porto: Coimbra, 1998.

KROETZ, Maria Cândida do Amaral. *Enriquecimento sem causa no direito civil brasileiro contemporâneo e recomposição patrimonial*. Tese aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor no Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Paraná, 2005.

LIMA, Paulo César Ribeiro. *Alterações no Direito Minerário Brasileiro*. Estudo de agosto 2007, da Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/areas-da-conle/tema16/2007_8747.pdf>.

MAIOR, Jorge Luiz Souto Maior. O Dano Social e sua Reparação. *Revista LTr*; v. 71, n. 11, p. 71-11/1317, nov. 2007.

MENDONÇA, Diogo Naves Mendonça. Análise Econômica da Responsabilidade Civil: o dano e a sua quantificação, São Paulo: Atlas. 2012. MARQUES, Carlos Alexandre. A reparação do dano e a dignidade humana. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 99, abr. 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11312>.

MOTTA, Ronaldo Serôa da; YOUNG, Carlos Eduardo Frickmann. Recursos Minerais e Contabilidade Social. *A Renda Sustentável da Extração Mineral no Brasil*. Textos para Discussão nº 231. Agosto de 1991. IPEA.

NANNI, Giovane Ettore. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/enriquecimento-sem-causa/7888>>.

SERRA, Silvia Helena. *A formação, os condicionamentos e a extinção dos direitos minerais*. Campinas, 2000. Dissertação (mestrado) Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Geociências.

SERPA, Pedro Ricardo e. *Indenização Punitiva*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral*, v. I. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 598.

WOODS, Jeff A. What Kinds of Punitive Damages May Be Awarded for Willful Trespass to Minerais? Disponível em: <http://www.emlf.org/clientuploads/directory/whitepaper/Woods_08.pdf> Publicada em 29 de agosto de 2016 por Laureen Bessa no <<http://www.eshoje.jor.br/>>.



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 PROIBIDADE 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 proibidade, 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 proibidade 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. Começemos 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. *Discrecionariade 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 consequente 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 subrogados, 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 accertamento 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 Arruda. 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 suspensão 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 segregava 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 oficial 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, oficialará 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 contém 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 n° 993065 e Resp n° 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 PROBABILIDADE

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 Arruda. Improbidade Administrativa de dirigente de empresa estatal. *Revista Brasileira de Direito Público*, ano I n. 1, abr./jun. 2003.

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

PREVENÇÃO DA CORRUPÇÃO OU ACCOUNTABILITY

CORRUPTION PREVENTION OR ACCOUNTABILITY

Carmen Tomasi de Abreu

Advogada da União, com atuação no Grupo de Combate à Corrupção da Procuradoria da União em Minas Gerais. Pós-graduada em Direito Público pela Universidade de Coimbra/IDDE. Graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais

SUMÁRIO: Introdução; 1 Significado do termo corrupção; 2 Noção histórica da corrupção na sociedade brasileira; 3 *Accountability* social; 4 O Controle preventivo da corrupção; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: Trata-se de artigo que analisa a corrupção no Brasil, refletindo sobre a atuação da sociedade civil educada para o exercício da cidadania ativa e consequente realização da *accountability* social como medida de controle preventivo do fenômeno.

PALAVRAS-CHAVE: Corrupção. Prevenção. Sociedade Civil. Transparência. Accountability.

ABSTRACT: This is an article that analyzes corruption in Brazil, reflecting upon the performance of civil society educated for the utilization of active citizenship and consequent realization of social accountability as a preventive control measure of the phenomenon.

KEYWORD: Corruption. Prevention. Civil Society. Transparency. Accountability.

INTRODUÇÃO

A corrupção, fenômeno vivenciado cotidianamente pelo homem ao longo da história da humanidade, é um dos grandes problemas da nossa era; ameaça a economia, a governabilidade, a legitimidade política e a própria democracia, consolidando-se como obstáculo ao desenvolvimento econômico e humano das nações.

No século XXI, época marcada pelo pluralismo social e pela globalização das estruturas econômicas, o fenômeno adquire novos contornos, dada a integração dos mercados nacionais para constituição de um mercado global e a extraterritorialidade das decisões políticas sobre os movimentos de capital, fazendo-se necessárias regras transparentes e seguras para a sustentabilidade da economia globalizada.

Há aproximadamente duas décadas, o tema corrupção passa por processo de problematização em nível internacional, mediante o surgimento de regime global de enfrentamento, destinado à adequação das ordens jurídicas e políticas internas ao padrão internacional de proibição, para o desenvolvimento econômico e social dos Estados e garantia da economia globalizada.

Dito movimento de internacionalização da anticorrupção passa também a modificar qualitativamente a perspectiva tradicional da análise do fenômeno, até então restrito ao âmbito do sistema penal, para o redimensionar sob o aspecto administrativo, cuja análise envolve conceitos como reforma do Estado, reforma política, prevenção, transparência e sanções administrativas.¹

Sob o foco administrativista, o controle primário da corrupção apresenta-se como elemento essencial à gestão pública responsável, buscando prevenir atos de corrupção que, sabidamente, possuem um grave potencial lesivo, seja pela sua consequência econômica, seja pela afronta aos mandamentos éticos e jurídicos, seja ainda, pela violação ao sentimento de justiça, desacreditando não só os agentes corruptos, mas também a Administração Pública e o próprio Estado.

À propósito, vale citar o ensinamento de LAUANDOS²:

A corrupção atua, pois, como um fator catalisador na quebra do código democrático que orienta o sistema político, na medida em que interesses privados de outros sistemas introduzem-se no meio político. Em suma,

1 ARAUJO, Felipe Dantas. *Direito Anticorrupção no Brasil: Internacionalização, Política Interna e Novos Paradigmas Sancionatórios e Institucionais* (dissertação - Mestrado em Direito). Brasília: Centro Universitário de Brasília, 2010. p. 19.

2 LAUANDOS, Artur R. *O congresso nacional no século XXI: os efeitos da corrupção sobre a representação política*. (dissertação - Mestrado em Direito). São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie. 2009, 265-267.

cada vez mais interesses privados e públicos misturam-se, gerando uma re-confusão entre a coisa pública e a privada, ocasionando retrocessos ou rompimentos institucionais. Os riscos à democracia, assim, são potencializados pela corrupção.

Nessa ordem de ideias, o controle da corrupção é medida necessária à garantia do Estado Democrático de Direito e à concretização dos direitos fundamentais, implementados por políticas públicas efetivas, mediante regular aplicação dos recursos a essas destinados.

No Brasil, não obstante o alastramento do fenômeno nas várias alas do poder público e nas diferentes esferas da sociedade, recentemente, tem-se observado maior sensibilidade da opinião pública ao tema, o que é indício de certa mudança de rumos. A cultura cidadã expressa atualmente inconformismo, novidade em relação a outras épocas de nossa cultura política. Há, na atualidade, não apenas consciência a respeito da necessidade de combate à corrupção, mas também significativa pressão social contra ela.

A defesa dos recursos públicos pela sociedade civil representa a adoção de novo caminho com relação aos valores republicanos, à defesa da *res pública*. Tal mudança reforça sobremaneira a busca por um controle preventivo efetivo da corrupção, assentado não apenas em práticas de burocracia e métodos corporativos mas principalmente em formas avançadas de democracia participativa.

Assim, o que pretendemos com o presente estudo é pensar o controle prévio da corrupção sob o enfoque da participação popular, característica essencial de um Estado de Direito que se qualifique como Democrático, funcionando a sociedade civil educada para o exercício da cidadania como força motriz do processo de conscientização para abertura do aparato burocrático-estatal ao controle social, tornando a atividade administrativa mais transparente, viabilizando o acesso à informação e contribuindo para a concretização da *accountability* social e, conseqüentemente, para a prevenção da corrupção.

Nessa senda, o controle democrático, fundamentado no exercício efetivo da cidadania, viabiliza o monitoramento das políticas e investimentos públicos, e, em última instância, a fiscalização da atuação dos agentes políticos, para consecução dos direitos fundamentais outorgados constitucionalmente e concretização do Estado Democrático de Direito.

Buscar-se-á, portanto, contribuir para tal estudo mediante análise geral do fenômeno da corrupção, da formação da sociedade brasileira e do instituto da *accountability*, com vistas a refletir sobre o controle preventivo da corrupção, sob o enfoque da participação popular e do ensino para o exercício da cidadania ativa.

1 SIGNIFICADO DO TERMO CORRUPÇÃO

A expressão corrupção, dada a complexidade e pluridimensionalidade do tema, pode ser conceituada sob diversos sentidos e ter variados enfoques: antropológico, sociológico, político, econômico; entretanto, todos têm um ponto em comum: a ilegalidade.

O termo corrupção não apresenta, assim, definição consensual, podendo o fenômeno ser observado em gradação quase infinita, abrangendo desde pequenos desvios de comportamento até atos graves tipificados como crime.

Segundo o dicionário Larousse³, o termo corrupção origina-se do latim *corruptio* e significa a ação ou efeito de corromper, de fazer degenerar, de seduzir por dinheiro, levando alguém a afastar-se da retidão.

É importante observar que o conceito de corrupção tem fluidez semântica e se aplica distintamente a diferentes contextos e gramáticas na dimensão da política. De uma forma geral, a corrupção significa o juízo que a sociedade formula a respeito da integridade de indivíduos e instituições com base em valores expressos em normas às quais todos se encontram submetidos⁴.

Considerando a corrupção no setor público, parece-nos que a definição do fenômeno utilizada pelo Banco Mundial⁵, como sendo o *abuso do poder público para benefícios privados* é simples e suficientemente esclarecedora. Também o conceito apresentado pela Transparência Internacional⁶ como *desvios de funções públicas para fins privados* é sucinto e claro. Tais definições de cunho genérico, não obstante objetivas, são incapazes de atender à especificidade necessária à configuração do fenômeno que pode se traduzir em um vasto rol de atuação dos sujeitos que a praticam.

Ao que parece, justamente em razão disso, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção⁷, instrumento de caráter mundial, preferiu abandonar os enunciados explicativos e enunciativos acerca do tema para adotar *reescrituras por substituição dadas pelo modo de sinonímia como problema, ameaça, delinquência, crime, delito, suborno, etc, bem como dadas pela forma de antonímia como equidade, princípios, valores, democracia, justiça,*

3 GRANDE Dicionário Larousse Cultural da Língua Portuguesa. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

4 FILGUEIRAS, Fernando. *Corrupção, Democracia e Legitimidade*. Belo Horizonte: UFMG, 2008. p. 1.

5 BANCO MUNDIAL. Disponível em: <<http://obancomundial.org>>. Acesso em: set. 2016.

6 Transparência Internacional. Disponível em: <<http://transparência.org>>. Acesso em: set. 2016.

7 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU, *CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO*. Nova York, 2003. Disponível em: <<http://www.onu-brasil.org.br/doc/contracorrup.php>>. Acesso em: set. 2016.

*ética, etc.*⁸. Assim, estabelece que o termo corrupção abarca diversos outros nomes que reportam a atos governamentais referidos naquela Convenção, qualificados como ilegais ou antiéticos.

Nesse sentido, verificam-se alguns títulos dos artigos da citada Convenção que configuram a amplitude da palavra corrupção, quais sejam, lavagem de dinheiro (art. 14), suborno de funcionários públicos nacionais (art. 15), malversação ou peculato, apropriação indébita ou outras formas de desvio de bens por um funcionário público (art. 17), tráfico de influência (art. 18), enriquecimento ilícito (art. 20), suborno no setor privado (art. 21), malversação ou peculato de bens do setor privado (art. 22), dentre outros.

O Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei nº 2448, de 07/12/1940), por seu turno, define a corrupção em sua forma ativa como:

oferecer ou promover vantagem indevida a funcionário público para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício e em sua forma passiva pelo ato de solicitar ou receber para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem.

Não obstante as diversas definições possíveis do termo corrupção, às quais se aliam as acima referidas, percebe-se uma característica comum em qualquer que seja o sentido adotado: a interação entre o público e o privado e a presença de ilegalidade. Mesmo não havendo uma forma estrita de corrupção, os diversos comportamentos que podem ser definidos como corruptos apresentam estas características comuns.

Assim, a corrupção, em seus aspectos mais basilares, *reflete a infração de um dever jurídico posicional e a correlata obtenção de uma vantagem indevida*. Fala-se na infração de um dever jurídico posicional na medida em que o corrupto deve necessariamente exercer uma função, na esfera pública ou privada que lhe imponha um dever e lhe outorgue os poderes necessários à realização de certo objetivo. A vantagem indevida, por sua vez, que é a própria *ratio essendi* da corrupção, é aquela não amparada pela ordem jurídica, aqui concebida em sentido lato, abrangendo tanto as normas impostas pelo Estado, como os contratos que regem as relações entre agentes privados.⁹

8 MACHADO, Julio Cesar. Um Estudo Semântico Enunciativo da Corrupção em Dicionários e Documentos Governamentais. *Atlas*: São Paulo, v. 54, n. 1, 2010. p. 154.

9 GARCIA, Emerson. *Repressão à corrupção no Brasil*: entre a realidade e a utopia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 1.

2 NOÇÃO HISTÓRICA DA CORRUPÇÃO NA SOCIEDADE BRASILEIRA

A corrupção pode retrair-se ou expandir-se, conforme os padrões ético-morais do meio social adotado como parâmetro.

Guardada a individualidade, é inegável que os cidadãos sofrerão a influencia cultural da condescendência ou não com atos de corrupção. O povo que tolera a desonestidade, certamente terá governantes desonestos; ocorrendo da mesma forma o inverso.

Diversas são as causas da corrupção, dentre as quais podemos citar: ausência de democracia ou má governança das instituições públicas; excessiva intervenção do Estado na economia; excesso de burocracia; falta de transparência nos regulamentos e procedimentos administrativos; elevada discricionariedade do Poder Público na formulação e implementação de políticas públicas; ausência de um ambiente competitivo; a cultura do patrimonialismo e do clientelismo.

Interessa-nos, pela natureza constituidora do fenômeno da corrupção e pela sua presença na cultura nacional, o patrimonialismo, forma de dominação tradicional que se associa à ideia de tratamento da coisa pública pela autoridade política como se privada fosse.

De acordo com FAORO¹⁰, *o patrimonialismo no Brasil seria um sistema de dominação realizado por um estamento que se aloja na burocracia do Estado com o objetivo de ver reconhecidos os interesses privados como interesse público.*

No Brasil, o fenômeno da corrupção deve ser compreendido a partir da própria formação da sociedade brasileira, avaliada por diversos autores como resultante de processo histórico que possui características patrimoniais. A corrupção tem suas raízes entranhadas no próprio processo de surgimento e evolução do nosso país. O sistema colonial português foi amparado por uma monarquia absolutista, na qual monarca e administradores eram unidos por elos meramente pessoais e paternalistas, propagadores da forma de produção ineficiente. Buscou-se, mediante o processo de colonização, apenas explorar as riquezas locais, *sem comprometimento com ideais éticos, deveres funcionais ou interesses coletivos*¹¹, supervalorizando-se o interesse da classe que ascendeu ao poder em detrimento da coletividade. O governo, nessa espécie de colonização, era mero instrumento de enriquecimento e perpetuação do poder.

Mesmo após a independência do Brasil, em 1822, o cenário de corrupção é preservado, com mera alteração dos atores. Proclamada a

10 FAORO, Raymundo. Os donos do Poder. Formação do Patronato Político Brasileiro. São Paulo: Globo, 2000. Apud. FILGUEIRAS, Fernando; ARANHA, Ana Luíza Melo. Controle da Corrupção e Burocracia da Linha de Frente: Regras, Discricionariedade e Reformas no Brasil. In: *Revista Dados*, v. 54, n° 1, p. 359, 2011.

11 GARCIA, op. cit., p. 2.

república, em 1889, a reiteração de práticas corruptas e a concepção de que além de inevitáveis são toleráveis, possibilita a *institucionalização da corrupção, o que tende a atenuar a consciência coletiva e associar a corrupção às instituições, implementando uma simbiose que dificilmente será revertida*.¹²

Os períodos de ditadura inaugurados pelos golpes de 1937 e 1964 também contribuíram para a consolidação da corrupção, mediante abstração da participação popular, outorga constitucional, ampliação dos poderes do Poder Executivo e redução dos direitos e garantias fundamentais, bem como extirpação dos instrumentos de controle da ação governamental. As experiências ditatoriais, principalmente no período iniciado em 1964, potencializaram os problemas históricos da gestão pública, resultando no descontrole financeiro e na falta de responsabilização dos governantes perante a sociedade.

Com a redemocratização, deu-se a ascensão do povo ao poder e a constante renovação dos dirigentes, submetidos ao debate popular sobre sua atuação no âmbito da representação popular. O ponto alto desse processo foi a Constituição Federal de 1988, que veio contemplar a participação pública como parte integrante da nova ordem, além de aprimorar a máquina governamental, criando mecanismos de governança.

Assim, no Brasil, após 1988, as instituições de controle e os instrumentos de transparência foram aprimorados, criando-se um clima propício para a intensificação do combate à corrupção, até então inserida na órbita do enriquecimento ilícito. Pode-se dizer que se configurou uma política pública de controle da corrupção, associada a princípios como moralidade administrativa e responsabilidade fiscal, com grande avanço na gestão do problema. De se notar que tal cenário contribuiu para a falsa sensação social de agravamento do fenômeno, até então encoberto pela ausência de controle institucional.

Importante considerar que ditas mudanças não decorreram apenas do processo de redemocratização, mas também da nova realidade internacional, observada no final do século XX, marcada por reformas ocorridas principalmente nos Estados Unidos e na Inglaterra, que resultaram na implantação do modelo de administração pública gerencial, voltado para os valores decorrentes da prática de mercado, como eficiência, eficácia, produtividade, descentralização, competitividade na prestação dos serviços públicos e redução do tamanho do Estado.

Reduzido o Estado, num segundo momento, a discussão passou a centrar-se na capacidade do governo de corresponder às demandas sociais e ser permeável ao controle. Nesse cenário, desenvolvem-se posições que têm como foco a flexibilidade da gestão visando à melhor qualidade do

¹² GARCIA, op. cit., p. 4.

serviço público prestado ao seu principal cliente, o cidadão, dotado de poder de controle. Em razão da globalização, também verificada nesse período, a corrupção passou a ser avaliada como um problema grave ligado à ordem econômica, à organização administrativa e ao desenvolvimento social; abandonou-se a conotação apenas moral do fenômeno.

Não obstante os progressos mencionados, diversamente de sociedades politicamente organizadas estruturadas pela racionalização da ação política e administrativa e providas de mecanismos de controle eficientes, no Brasil, ainda se verifica a permanência do ciclo vicioso que facilita a aglutinação de grupos sociais preferenciais no aparato estatal, acobertados pela deficiência do sistema educacional e dos mecanismos legais de controle, haja vista as práticas corruptas institucionalizadas que têm resistido e persistido ao longo dos tempos, notadamente o clientelismo, no nepotismo e no favoritismo, tão enraizados em nossa cultura política.

A esse respeito, vale observar que o Brasil ocupou o 76º lugar no ranking da corrupção publicado pela Transparência Internacional¹³ em 2016. Com relação ao índice de percepção da corrupção em cerca de 130 países, o Brasil apresenta índice de 3,8, numa escala de 0 a 10, sendo que quanto maior é a pontuação do país no índice de percepção da corrupção, menor é a corrupção percebida na nação.

A nosso ver, o substrato estrutural formador da sociedade brasileira, fundado na exploração da colônia e na lógica da Estado Moderno, *nós versus eles*¹⁴, obsta o sentimento de pertencimento e de totalidade pela sociedade brasileira, gerando um efeito de desigualdade que é percebida como natural, ante a ausência de consciência crítica que exija o atendimento dos interesses das camadas sociais mais amplas, bem como de uma democracia verdadeiramente participativa.

3 NOÇÃO DE ACCOUNTABILITY

O termo *accountability* não encontra tradução na língua portuguesa. Segundo o dicionário Oxford, é qualidade ou estado de ser *accountable*; *responsability*; *answer for*¹⁵.

Assim, o dicionário apresenta termos praticamente sinônimos: *accountability*, *responsability* e *answerability*, demonstrando que os conceitos

13 Disponível em: <<http://www.transparency.org>>. Disponível em: set. 2016.

14 MAGALHÃES, José Luiz Quadros. Ética, cotidiano e corrupção. In: Raquel Beatriz Junqueira e outros (orgs.) *Ética e Corrupção – dilemas contemporâneos*. Belo Horizonte: PUC Minas, 2013. p. 67.

15 The Oxford English Dictionary, v. I, A-B. Oxford at the Clarendon Press, 1933 e *The new Oxford American dictionary*, Second Edition, 2005.

seriam uma estrutura formal tríplice, na qual, em síntese, uma pessoa *accountable* é aquela que está sujeita a prestar contas do que faz a alguém.

Vê-se que pode ser entendida como capacidade de prestar contas e assumir a responsabilidade sobre o uso de recursos, encerrando esse conceito o senso de responsabilidade do gestor e o interesse de verificação por um terceiro.

Para FILGUEIRAS¹⁶, a *accountability* é um conceito próprio a uma teoria política dos Estados liberais, à medida que pressupõe uma diferenciação entre o público e o privado, no sentido de ser uma forma de responsabilização da ação do Estado na sociedade. Seria, assim, um princípio de legitimação das decisões sobre leis e políticas definidas em um Estado democrático que demanda a obrigação de prestação de contas dos agentes públicos frente aos cidadãos.

Pode ser classificada como *accountability* política, vinculada ao exercício dos direitos políticos; *accountability* administrativa, correspondente à forma de controle interno do Estado e *accountability* social, que se refere às ações de controle realizadas pelos cidadãos, ONGS e imprensa que independem de meios diretos para aplicação de sanções.

A *accountability*, fundada nos pilares da transparência, do controle e da responsabilização, apresenta-se como medida de democratização do Estado.

De acordo com FEREJOHN¹⁷:

O principal investe seus recursos na ação realizada pelo agente, esperando retorno no investimento (público) realizado. O ponto de equilíbrio na relação entre *principal* e *agent* dependerá da existência de instituições mais transparentes, capazes de reduzir as incertezas do investimento.

Em complementação, preleciona FILGUEIRAS¹⁸:

A *accountability* é implementada com ampliação da transparência, tendo em vista a questão do retorno do investimento realizado na ação pública dos agentes. A transparência, portanto, maximiza a *accountability* por permitir a redução da assimetria de informação entre *principal* e *agent*,

16 FILGUEIRAS, Fernando. Transparência e Controle da Corrupção no Brasil. In: FILGUEIRAS, Fernando; AVRITZER, Leonardo (org.) *Corrupção e Sistema Político no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011..

17 FEREJOHN, John. Accountability and Authority. In: Adam Przeworski; Susan Stokes; Bernard Manin (orgs.). *Democracy, Accountability and Representation*. Apud Ibid., p.141.

18 Ibidem, p. 141.

garantindo um sistema de responsabilização derivado da abertura dos segredos do Estado.

GUILLERMO O'DONNELL¹⁹ foi um dos pioneiros em estudar o tema e criar distinção com amparo na presença ou não da qualidade estatal na *accountability*, cunhando, para tanto, duas expressões muito utilizadas no debate atual: *accountability* vertical e *accountability* horizontal. A primeira denomina os mecanismos institucionais que possibilitam aos cidadãos e à sociedade civil exigir a prestação de contas pelos agentes públicos, sendo as eleições o principal, além das ações dos cidadãos e dos meios de comunicação. A *accountability* horizontal, por sua vez, consiste, para tal autor, na existência de órgãos estatais de controle para realizar ações de monitoramento e imposição de sanções em relação a ações ou omissões ilegais exercidas por outros órgãos ou agentes do Estado.

Já SHEDLER²⁰, ao buscar a conceituação de *accountability* política, noticia que no conceito estão presentes três dimensões: informação, justificação e punição, as quais, antes de denotar uma técnica específica para domesticar o poder, constituem três maneiras diferentes de evitar e corrigir o abuso do poder político.

Para MAINWARING²¹, a *accountability* política consiste em uma relação formal na qual os agentes públicos têm seus atos controlados e eventualmente sancionados por outros atores. Sua definição exclui a mídia e as organizações da sociedade civil, ao argumento que não poderiam impor sanções legalmente previstas. Assim, para tal autor, somente dois tipos de atores poderiam exercer a *accountability* política: os eleitores, por meio das eleições, e os órgãos estatais, ao monitorar e sancionar os agentes públicos.

Interessa-nos, para o presente estudo, a *accountability* qualificada como vertical por O'Donnell ou societal por outros autores²², a qual se verifica especialmente nas relações políticas independentes constituídas

19 O'DONNELL, Guillermo. Horizontal Accountability in New Democracies. In: SCHEDLER, Andreas; DIMOND, Larry Dimond and PLATTNER, Marc F. (eds). *The Self-Restraining State: Power and Accountability in New Democracies*. Boulder and London: Lynne Rienner Publishers, 1999, p. 29 Apud MOTA, Ana Carolina Yoshida Hirano de Andrade. *Accountability no Brasil: os cidadãos e seus meios institucionais de controle dos representantes*. 2006, 243 f. Dissertação (Doutorado em Ciência Política) – Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 37 - 38.

20 SCHEDLER, Andreas. Conceptualizing Accountability. In: New Democracies in SCHEDLER, Andreas; DIMOND, Larry Dimond and PLATTNER, Marc F. (eds). *The Self-Restraining State: Power and Accountability in New Democracies*. Boulder and London: Lynne Rienner Publishers, 1999, p. 13-28 Apud. *Ibidem* p. 45-48.

21 MAINWARING, Scott. *Democratic Accountability in Latin America*. Oxford University Press, New York, 2003. p. 7 Apud. *Ibidem* p. 42 - 44.

22 SMULOVITZ, Catalina; PERUZZOTTI, Enrique. Societal and Horizontal Contros: Two Cases of a Fruitful Relationship. p. 309-331. In: *Democratic Accountability in Latin America*. Oxford University Press, New York, 2003. p. 7.

entre representantes e representados, entre cidadãos usuários dos serviços públicos e agentes públicos eleitos ou designados para exercício de múnus público.

A necessidade de que os agentes públicos, entendidos em sentido amplo, prestem contas de seus atos aos cidadãos surge no contexto da democracia representativa contemporânea, ou melhor, em uma república pautada pelo princípio da igualdade intrínseca.²³

A esse respeito, vale lembrar que a própria Constituição Federal Brasileira, em seu artigo 1º, parágrafo único, estabelece que o administrador público está representando os interesses de toda a sociedade, uma vez que o poder emana do povo e em nome dele será exercido.

Surge, assim, a *accountability* como instrumento de controle dos cidadãos sobre os atos dos representantes eleitos e dos agentes públicos em geral, vez que o poder decisório não é transferido ao governo, entendido como pacto social, mas apenas delegado.

Nesse sentido, a *accountability* reafirma o princípio da igualdade, colocando no mesmo patamar os cidadãos e os agentes públicos, possibilitando que aqueles, não podendo governar diretamente, possam controlar a execução dos atos de gestão dentro dos limites legais e à luz dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Os cidadãos devem saber se os recursos públicos são administrados adequadamente, segundo o regramento legal, se os programas de governo estão alcançando os objetivos e resultados previstos e sendo administrados eficientemente, em atenção ao cumprimento de regime jurídico qualificado pela indisponibilidade e supremacia do interesse público.

Para tanto, são relevantes mecanismos destinados à manifestação de opiniões dos representados e prestação de esclarecimentos pelos representantes, acerca dos atos praticados. Indispensável, ainda, a consciência popular e a ativação do sentimento de comunidade, com vistas à participação efetiva da sociedade civil no monitoramento da burocracia estatal.

A *accountability* é, nesse contexto, o instrumento de adequação da atuação do agente público (dimensão fática) ao interesse público (dimensão normativa), expressa nos mecanismos institucionais que possibilitam aos cidadãos requisitar esclarecimentos sobre as decisões discricionárias dos agentes públicos, com previsão sancionatória, em caso de omissão ou dano.

Os cidadãos passam a acompanhar o cotidiano da Administração Pública, verificando a execução dos orçamentos, as licitações, os contratos administrativos.

²³ DAHL, Robert. *Sobre a Democracia*. Tradução de Beatriz Sidou. Universidade de Brasília. Brasília. 2001, p. 75-81.

Esse “controle social” busca aproximar os cidadãos da administração do Estado, retroalimentando a confiança e aderência daqueles às decisões adotadas pelos administradores, fenômeno político que foi retratado por alguns doutrinadores como responsividade, *aquilo que é exigível a um representante no exercício das suas funções políticas*.²⁴

Assim, por meio do fluxo de informações do Estado para os cidadãos, a adoção da transparência na gestão permite que a sociedade retroalimente o sistema de investigação estatal na verificação de ilegalidades.

Possibilita-se, assim, a utilização do potencial humano dos cidadãos que participam diretamente do controle da coisa pública, para fins de denúncia e consequente apuração pelas instituições competentes para o mister.

A esse respeito, vale observar que nos Estados Unidos da América há inclusive incentivo estatal, consistente em parte do dinheiro público recuperado, para que o particular, denominado relator ou whistle bower, leve à Administração informações relevantes para recomposição do patrimônio público.²⁵

Também pode o cidadão, desde que eleitor, agir diretamente pelo instituto da Ação Popular para anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

Segundo DINAMARCO²⁶:

Se, nos termos do art. 1º, parágrafo único da Constituição Federal, “todo poder emana do povo”, então nada mais natural que a ele – isto é, a todos os cidadãos – seja dada a possibilidade de intervir na administração pública, como forma de legítimo exercício de direitos políticos diretamente pelos seus titulares e em clara manifestação da soberania popular. Trata-se, assim, de um direito civico-político do cidadão. Por isso, pode-se dizer que a participação político democrática do cidadão nos destinos da sociedade é a tônica central da ação popular.

Vê-se que por meio da *accountability* ocorre o controle democrático dos governantes pelos cidadãos, inibindo-se a corrupção.

24 LOMBA, Pedro. Teoria da Responsabilidade Política. Coimbra: Coimbra.2008. Apud. TAMASAUKAS, Igor Sant Anna; BOTTINI, Pierpaolo. Mecanismos de Transparência e Combate à Corrupção. *Cadernos FGV Projetos*, Abr. 2016, ano 11, nº 27.

25 *A Eficácia do Sistema Jurídico de Prevenção e Combate à Improbidade Administrativa*. São Paulo: Relatório de Pesquisa apresentado ao Ministério da Justiça/PNUD no Projeto Pensando o Direito Referência Prodoc BRA 07/004 – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – FDUSP. 2011. p.34.

26 DINAMARCO, Pedro da Silva. *Comentários à Lei da Ação Civil Pública e Lei de Ação Popular*. São Paulo: Quartier Latam, 2006. p. 40.

Com a evolução do controle, sob a ótica da teoria de sistemas, este passou a ter a função de alimentação do sistema, garantindo sua possibilidade de evolução e adaptabilidade ao mundo em mudanças. Nessa nova dimensão, o controle contribui para a eficácia dos sistemas, como garantidor de conformidade destes com normas pré-estabelecidas e do atingimento de metas essenciais para a sobrevivência das organizações. O controle passa a ter, assim, caráter eminentemente transformador, ante a possibilidade de proposta de mudança em um amplo cenário estratégico.²⁷

O controle social representa a participação da sociedade no controle da atividade estatal e ganha importante relevo nos tempos atuais, marcados pela evolução tecnológica que fortalece a transparência da atividade administrativa, favorecendo a circulação da informação que serve de substrato para o ente controlador.

Um dos muitos desafios do controle é justamente elevar os níveis de transparência, tornando a Administração Pública mais permeável à participação dos cidadãos com vistas à efetividade da ação governamental. Nessa linha, impende viabilizar a transparência das ações estatais e o reconhecimento das instituições de controle como agentes de transformação e efetividade da ação governamental e melhoria da Administração Pública e, conseqüentemente, da sociedade. Não se pode conceber a realização prática de um estado democrático sem a disseminação de informações que permitam aos cidadãos exercer controle qualificado sobre a atuação dos governantes.

4 O CONTROLE PREVENTIVO DA CORRUPÇÃO

É indiscutível a importância de se revisitar os mecanismos por meio dos quais o Estado se organiza para enfrentar e reprimir os comportamentos indesejados dos agentes públicos e privados.

O sistema normativo brasileiro busca a proteção à moralidade administrativa, primordialmente, mediante a tipificação de condutas como ilícito administrativo ou penal, forma tradicional para a repressão de atos de corrupção, mediante a imposição de sanção ao culpado após processo, em que se assegure defesa, para reparação do Erário.

Assim, dá-se a incidência da ação estatal sobre o patrimônio jurídico do agente ofensor após a prática do ato de improbidade, em momento posterior ao qual a Administração e a sociedade já sofreram o prejuízo material, político e moral causado pelo ato caracterizado como corrupto.

²⁷ RIBEIRO, Renato. *O problema central do controle da Administração Pública pode ser resumido ao debate sobre modelos?*. Disponível em: <http://www.anpad.org.br/diversos/trabalhos/002_GPG1049.pdf>. Acesso em: set. 2016.

Na maioria dos casos, tal dano não é reparado vez que o patrimônio do agente já se esvaiu.

Ademais, tal sistema repressivo submete-se à limitação estatal na apuração dos atos de corrupção, condicionada a investimentos públicos, principalmente em sistemas de inteligência e equipe especializada.

Ante a limitação inerente ao sistema repressor, que pressupõe a identificação, repressão e sanção da conduta às expensas do próprio erário que sofreu o dano, é preciso priorizar outra forma de combate à corrupção. Em linhas gerais, observa-se que o sistema de combate à corrupção no País merece ser aprimorado, potencializando-se o controle de caráter preventivo.

No âmbito das ações preventivas, a Convenção Interamericana contra a Corrupção²⁸ prevê uma série de medidas preventivas (artigo III), valendo citar: mecanismos para estimular a participação da sociedade civil e de organizações não governamentais nos esforços de prevenção da corrupção.

A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção²⁹, por sua vez, estabelece a necessidade de cooperação internacional para prevenção e combate à corrupção a partir de um enfoque amplo e multidisciplinar, prevendo o fortalecimento da capacidade do Estado, inclusive com a criação de mecanismos de instituições que busquem efetivação dos fins pretendidos. O artigo 5º da Resolução indica as medidas preventivas políticas e práticas no combate efetivo à corrupção, dentre as quais o desenvolvimento, implementação ou manutenção de políticas públicas eficazes e coordenadas contra a corrupção, com a participação social.

Assim, são propostas diversas medidas objetivando a prevenção eficiente das práticas de corrupção, buscando minimizar ou eliminar os facilitadores daquelas, bem como a adoção de políticas públicas voltadas ao mister.

Os desafios propostos pela Convenção passam, porém, pela apresentação de soluções práticas eficientes ao combate à corrupção, as quais demandam um substrato social e político-administrativo favorável à implementação daquelas.

Sob esse aspecto, os diferentes diagnósticos formulados para o setor público brasileiro reconhecem o ponto comum da desorganização e desarticulação administrativa, a falta de eficiência da gestão governamental e a existência de uma administração pública corrompida. O resultado é a

28 Convenção Interamericana Contra a Corrupção. Caracas/1996, Promulgada pelo Decreto 4.410/2002. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/oea/convencao/arquivos/convencao.pdf>>.

29 Assinada em 9 de dezembro de 2003, em Mérida, e promulgada no Brasil pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

incapacidade do Estado brasileiro de produzir políticas públicas eficazes para o controle preventivo da corrupção³⁰.

Segundo ABRUCIO, não obstante os avanços experimentados, falta ainda, o reforço de quatro eixos centrais nas reformas da administração pública brasileira que são a profissionalização da burocracia, especialmente nos cargos considerados estratégicos; a eficiência dos serviços prestados; a efetividade das políticas públicas; a *accountability* e o reforço da transparência nas relações entre Estado e Sociedade³¹.

Otaviano Canuto³², vice-presidente do Banco Mundial, ao se manifestar no Brasil sobre o tema, propôs que o foco do trabalho anticorrupção deva ser a governança, mediante fortalecimento das instituições, aumento da transparência e eficiência da prestação de contas, *accountability*.

A título de controle preventivo, o que deve ser buscado, em primeiro plano, é justamente evitar que ato de improbidade gerador do dano ocorra ou possibilitar que seja detectado na fase inicial de seu cometimento, quando o prejuízo patrimonial e social ainda podem ser reparados.

Para tanto, necessário dar ênfase ao compartilhamento de responsabilidade entre o setor público, o privado e a sociedade civil, mediante a orientação de gestores e agentes de controle, promoção da cidadania para efetivação do controle social, municiado pelo acesso às informações governamentais.

Em suma, para fortalecer o ciclo preventivo é preciso desenvolver e articular todos os atores da rede de controle, com o intuito de estimular o intercâmbio de experiências e a aprendizagem coletiva, definir agenda interinstitucional de prioridades de combate à corrupção no seu nascedouro, negociar ações coordenadas e adotar medidas complementares de cooperação.³³

Indispensável, ainda, implementar iniciativas que fortaleçam a boa governança, a consciência cívica e a transparência das relações entre Estado e Sociedade, rumando à formulação de uma governança realmente democrática, na qual o cidadão seja concebido como peça chave da atividade de controle.

30 FILGUEIRAS, Fernando. Transparência e Controle da Corrupção no Brasil. In: FILGUEIRAS, Fernando; AVRITZER, Leonardo (org.) *Corrupção e Sistema Político no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011. p. 134.

31 ABRUCIO, Fernando Luiz. Trajetória recente da gestão pública brasileira: um balanço crítico e a renovação da agenda de reformas. *Revista de Administração Pública*, v. 41, edição especial comemorativa, 2007.

32 PILAGALLO, Oscar. *Corrupção – Entrave ao desenvolvimento do Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 43–44.

33 AGAPITO TEIXEIRA, Vilmar. *O controle da corrupção: desafios e oportunidades para o TCU*. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2054240.PDF>>. Acesso em: set. 2016.

Nesse passo, na seara do controle primário tem-se a construção de governança³⁴ eminentemente democrática, mediante implementação da *accountability*, para o exercício da qual é pressuposto a ampliação da transparência nas relações entre Estado e sociedade e a atuação do cidadão como usuário de serviços públicos e agente da *discussão do interesse e da centralidade dos valores públicos na gestão do Estado brasileiro*³⁵.

A transparência, nesse cenário, deve ser aplicada com o objetivo de resgatar o caráter público das burocracias e disponibilizar informação aos cidadãos para controle da atividade administrativa e fundamentação das escolhas políticas.

Estamos na era da sociedade informacional, na qual há difusão constante de novas tecnologias e formas de comunicação, possibilitados pela revolução da microeletrônica e desenvolvimento da internet, a qual se tornou a alavanca para a transição da sociedade pós-industrial para um novo modelo: a sociedade em rede³⁶.

Assim, as novas tecnologias acarretaram mudanças no setor público, fazendo com que os órgãos estatais adotem tais meios para o controle, prestação de contas, e incremento da eficácia, eficiência e da transparência. Tal situação resultou em ação de reforma estatal, a qual foi nominada nova gestão pública (NGP ou new public management – NPM), que tem como alicerces: otimização dos recursos, transparência e *accountability*.³⁷

No Brasil, além da Lei Complementar nº 101/2000, que já estimulava a transparência na gestão fiscal como um dos eixos dos orçamentos públicos, a Lei de Acesso à Informação estabelece claramente obrigações para o administrador público promover a publicidade, tratando o sigilo como excepcional, no intuito de fomentar o desenvolvimento da cultura da transparência na Administração Pública e desenvolvimento do controle social dessa.

Para o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa³⁸, ser transparente significa mais que o simples ato de divulgar as informações. O

34 Concebida pelo Banco Mundial como o “exercício da autoridade política e o uso dos recursos institucionais para gerenciar os problemas da sociedade”. Apud FILGUEIRAS, Fernando. *Transparência e Controle da Corrupção no Brasil*, in Filgueiras, Fernando e Avritzer, Leonardo (orgs.), *Corrupção e Sistema Político no Brasil*.

35 *Ibidem*, 32, p. 134.

36 CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 7. ed. v. 1, Traduzido por Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2003. p. 08.

37 DIAS, Isabel de Meiroz; REINHARD, Nicolau. Governo eletrônico e a sociedade da informação. In: POLIZELLI, Demerval; OZAKI, Adalton.(Org). *Sociedade da Informação os desafios da era da colaboração e gestão do conhecimento*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 180 – 18.1

38 Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. Código das melhores práticas de Governança corporativa. São Paulo: 2004. Apud. In: SIU, Marx Chi Kong. *Accountability no setor público: uma reflexão sobre transparência governamental no combate à corrupção*. *Revista do TCU*, 122, 2011. p. 82.

gestor público deve estar impelido pelo desejo de tornar-se compreendido pelo cidadão, trazendo informações úteis e valorosas para a sociedade.

A transparência, instrumento indispensável para a realização da *accountability*, favorece o controle das políticas e investimentos públicos, e, em última instância, o controle sobre a atuação dos agentes políticos, com vistas a fundamentar o exercício seguro e efetivo da cidadania e a responsabilização pela atuação administrativa.

Todos esses fatores contribuem para a consecução do Estado Democrático de Direito.

Segundo JOSÉ JAIRO Gomes³⁹ o ser em um Estado Democrático significa que os cidadãos dele participam, sendo seus artífices e destinatários principais de suas emanções. O governo é então formado pelos cidadãos escolhidos pelo voto direto e universal e responsáveis pela formulação e execução das políticas públicas.

É a democracia que viabiliza as condições para um contexto social em que estejam presentes uma atuação dos governantes com maior transparência, *accountability*, equilíbrio de poderes, liberdade de imprensa, órgãos e instituições sólidos. Tais são os fatores necessários à prevenção da corrupção.

Não é demais dizer que se trata da democracia plena, na qual o agir ético seja priorizado, mormente nas classes dirigentes, formando-se na sociedade um espírito de honestidade e cooperação, em busca do bem comum e do debate acerca da condução dos caminhos da nação. Para tanto, impende afastar, inclusive mediante reformas legislativas, a manipulação das decisões políticas conforme os interesses de uma parcela da população detentora de poder econômico.

Sobre esse aspecto, ainda nos dizeres de José Jairo Gomes⁴⁰, a democracia autêntica requer o estabelecimento de debate público permanente acerca dos problemas relevantes para a vida social. Para tanto, deve haver acesso livre a fontes de informações. O debate vigoroso pautado pela dialética contribui para que as pessoas formem suas consciências políticas evitando serem seduzidas por doutrinas malsãs, enganadas por veículos de comunicação usurários, ludibriadas pelas pirotécias do marketing político-eleitoral, em que a verdade nem sempre comparece.

Pois bem, tendo essas considerações em mente e sabendo-se que uma sociedade só se modifica quando os indivíduos que a compõem se transformam, estando a educação na base dessa mudança, observa-se que no Brasil a educação para exercício da cidadania é o maior recurso para prevenção da corrupção.

39 GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

40 *Ibidem*.

Por meio dessa, viabiliza-se um processo cultural de formação de consciência e de busca da informação pelos cidadãos que passam a responsabilizar-se pelo bem estar coletivo, tornam-se mais sensíveis à ética, à moral, à honestidade e ao comprometimento social na cobrança pelo controle eficaz da corrupção. A educação é, assim, o substrato para a conscientização e mobilização social orientadas no sentido de uma conduta ética e moral.

A sociedade civil engajada e esclarecida politicamente possui consciência cívica e autoestima que lhe atribuem papel determinante no controle preventivo da corrupção por meio da *accountability* e da consecução dos direitos sociais outorgados constitucionalmente.

A educação para exercício da cidadania surge, nesse cenário, como instrumento de conscientização para a democracia, caracterizada pelo agir consciente, responsável e crítico, e para concretização do Estado Democrático de Direito.

Assim, é possível imaginar uma transformação educativa para a formação de sujeitos pensantes⁴¹: críticos e reflexivos. Somente através de um processo educativo de formação de novos valores morais e éticos positivos, compatíveis com os princípios, garantias e direitos fundamentais, é que será possível finalmente descobrir o Estado Democrático de Direito acessível a todos brasileiros.

Nos dizeres de ZANCANARO⁴²:

Educação para cidadania: eis o caminho a ser trilhado com urgência pela sociedade brasileira, se quiser vencer o estigma da corrupção. Mudar a mentalidade de seu povo, implementando um processo educativo capaz de reverter o quadro de derrocada dos valores morais que corrói as instituições e as consciências. O problema da corrupção é um problema de formação de consciência cívica. Formar a consciência dos indivíduos, fazendo o exercício de construção dos valores inerentes à dupla face da condição humana: a dos valores e interesses individuais; e a dos valores e interesses coletivos. A corrupção nas instituições não é causa, mas efeito da incorporação pelos indivíduos de antivalores sociais. O sistema patrimonial de dominação mostrou-se incapaz de desenvolver um modelo de relações sociais que tornasse possível enquadrar a ação dos agentes públicos dentro dos limites da racionalidade.

41 GHIZZO NETO, Afonso. *Corrupção, estado democrático de direito e educação*. 2008, 293 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

42 ZANCANARO, Antônio Frederico. *A corrupção político-administrativa no Brasil*. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 160 – 161. *Ibidem*. p. 281.

É este, para nós, o melhor caminho para a eficiente prevenção e combate da corrupção.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim, o fenômeno da corrupção no Brasil possui caráter essencialmente cultural, influência do legado predatório português. E isso ocorre em virtude da adoção da dominação tradicional patrimonial, caracterizada por um modelo centralizador, absolutista e privatista de poder, o que permitiu a formação de uma estrutura totalmente contrária e lesiva aos interesses sociais, difusos e coletivos, enfim, avessa à garantia de quaisquer direitos fundamentais.

O Estado patrimonialista brasileiro, hoje, com uma roupagem pós-moderna, continua firmado sob a base social da alienação e ignorância política que alimentam a ilusão da igualdade constitucional e da concretização do Estado Democrático de Direito sob o espectro do princípio da moralidade.

Não obstante a existência de instituições voltadas ao controle da corrupção, vê-se que a sociedade brasileira continua impregnada por vícios e condutas antiéticas institucionalizadas, que reproduzem de forma mais aprimorada as práticas de outrora.

A corrupção, nessa linha, forma-se como valor negativo moral da sociedade, levando seus indivíduos a tratarem o público como se fosse privado. Como fenômeno cultural e social, a corrupção não se relaciona unicamente com a ação ímproba decorrente da utilização indevida do poder constituído em benefício privado, como também, com a maneira de ser dos indivíduos e os valores éticos pré-definidos no íntimo pessoal de cada personagem.

Assim, ainda conforme ZANCANARO⁴³: *o fenômeno é anterior ao ato corrupto propriamente dito. Pelo que, sob um modelo de dominação de características patrimoniais, em princípio, nenhum cidadão pode considerar-se imune aos seus atrativos.*

Como se pôde constatar, a corrupção é, assim, um modo de influir nas decisões públicas que fere no íntimo o próprio sistema democrático, é a negação do Estado Democrático de Direito, atentado contra a moralidade e a vida em sociedade.

Seu controle objetiva a promoção da inclusão social, da cidadania e a garantia dos direitos fundamentais.

Tal controle deve ser realizado previamente e demanda a implementação de um processo educativo voltado para o pleno exercício da cidadania, com vistas a alcançar um efeito modificador da realidade

⁴³ ZANCANARO, op. cit., p. 40.

atual, sedimentada na ausência de ética e de comprometimento com o bem comum.

A educação para a cidadania, a nosso ver, possibilitará a efetiva participação do povo no exercício do poder e na realização da accountability, permitindo que cidadão se torne protagonista do seu próprio destino, influenciando escolhas coletivas nos orçamentos e políticas públicas, vigiando a execução e a probidade na gestão dos recursos e garantindo serviços públicos de qualidade, regulação eficaz, equilíbrio econômico, equidade e distribuição de renda. Enfim, a busca do crescimento e desenvolvimento para todos.

REFERÊNCIAS

ABRUCIO, Fernando Luiz. Trajetória recente da gestão pública brasileira: um balanço crítico e a renovação da agenda de reformas. *Revista de Administração Pública*, v. 41, edição especial comemorativa, 2007.

AGAPITO TEIXEIRA, Vilmar. *O controle da corrupção: desafios e oportunidades para TCU*. Disponível em: <<http://www.portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2054240.PDF>>.

ARAÚJO, Felipe D. de. *Direito anticorrupção no Brasil: internacionalização, política interna e novos paradigmas sancionatórios e institucionais*. 2010, 234f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário de Brasília, Brasília.

_____. Uma análise da estratégia nacional contra a corrupção e a lavagem de dinheiro (ENCCLA) por suas diretrizes. *Revista brasileira de políticas públicas*, Brasília, v.2, n.1, jan./jun. 2012.

AVRITZER, Leonardo; FILGUEIRAS, Fernando. *Corrupção e Sistema Político no Brasil*. Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 2011.

BOTELHO, Ana Cristina M. de P. *Corrupção política: uma patologia social*. 2008, 274 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Reforma do estado para a cidadania: A reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*. São Paulo: 34, 1998.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 7. ed. v. 1, Traduzido por Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

CHRISPIM, Raquel. *Responsabilidade Social Empresarial na prevenção e combate à corrupção: uma iniciativa que pode reformular a relação entre empresas e estados?* 2007, 104 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas: Sociologia) – Instituto de Pesquisa do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

CONVENÇÃO INTERAMERICANA CONTRA A CORRUPÇÃO. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/oea/convencao/arquivos/convencao.pdf>>.

DAHL, Robert. *Sobre a Democracia*. Tradução de Beatriz Sidou. Universidade de Brasília. Brasília. 2001

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Comentários à Lei da Ação Civil Pública e Lei de Ação Popular*. São Paulo: Quartier Latam, 2006

FAÇANHA, Luciano da S. *Poética e estética em Rousseau: corrupção do gosto, degeneração e mimesis das paixões*. 2010, 530 f. Dissertação (Doutorado em Filosofia) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. A eficácia do sistema jurídico de prevenção e combate à improbidade administrativa. *Série pensando o direito*, Brasília, n.34, nov. 2011.

FILGUEIRAS, Fernando. A tolerância à corrupção no Brasil: uma antinomia entre normas morais e prática social. *Opinião pública*, Campinas, v.15, n.2, nov. 2009.

FILGUEIRAS, Fernando; ARANHA, Ana Luisa M. Controle da corrupção e burocracia da linha de frente: regras, discricionariedade e reformas no Brasil. DADOS – *Revista de ciências sociais*, Rio de Janeiro, v.54, n.2, 2011.

FILGUEIRAS, Fernando. *Corrupção, Democracia e Legitimidade*. Belo Horizonte: UFMG, 2008.

GARCIA, Emerson. *Repressão à corrupção no Brasil: entre realidade e utopia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GHIZZO NETO, Affonso. *Corrupção, estado democrático de direito e educação*. 2008, 293 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

GONÇALVES, Klever .D. O combate à corrupção no Brasil e a lei nº. 8.429 de 02 de junho de 1992. *Revista jurídica*, Anápolis, n.18, 2012.

GRANOVETTER, Mark. A construção social da corrupção. *Política & Sociedade*, Florianópolis, v.5, n.9, out. 2006.

GUEDES, Jefferson C.; GUEDES, Geza C. O poder de requisição dos advogados públicos federais: uma revisão desde a Controladoria-Geral da República até a Advocacia-Geral da União. *Fórum Administrativo*, v.12, n.137, jul. 2012.

JUNQUEIRA, Raquel Beatriz Junqueira e outros (orgs.) *Ética e Corrupção – dilemas contemporâneos*. Belo Horizonte: PUC Minas, 2013.

LARROUSE, Grande *Dicionário Larrouse Cultural da Língua Portuguesa*. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

LAUANDOS, Artur R. *O congresso nacional no século XXI: os efeitos da corrupção sobre a representação política*. 2009, 279 f. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo.

LOPES, Marcos Felipe M. *Corrupção: estudo sobre as formas de mensuração, seus determinantes e perspectivas sobre formas de combate*. 2011, 107 f. Dissertação (Doutorado em Administração Pública e Governo) – Fundação Getúlio Vargas, São Paulo.

MACHADO, Júlio Cesar. Um estudo semântico enunciativo da corrupção em dicionários e documentos governamentais. *Alfa*, São Paulo, v. 54, n.1, 2010.

MACIEL, Felipe Guatimosim. *O controle da corrupção no Brasil*. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/concursos/arquivos>>.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. Ética, cotidiano e corrupção. In: *Ética e Corrupção – dilemas contemporâneos*. Raquel Beatriz Junqueira e outros (orgs.) Belo Horizonte: PUC Minas, 2013.

MARCELINO, Gileno Fernandes. 2003. Em busca da Flexibilidade do Estado: O desafio das reformas planejadas no Brasil. *Revista de Administração Pública*, v. 37, n. 3.

MARTINS, José Antonio. *Os fundamentos da república e sua corrupção nos Discursos de Maquiavel*. 2007, 196 f. Dissertação (Doutorado em Filosofia) – Universidade de São Paulo, São Paulo.

MOTA, Ana Carolina Yoshida Hirano de Andrade. *Accountability no Brasil: os cidadãos e seus meios institucionais de controle dos representantes*. 2006, 243 f. Dissertação (Doutorado em Ciência Política) – Universidade de São Paulo, São Paulo.

NUNES, Antonio Carlos O. *A cooperação internacional como instrumento jurídico de prevenção e combate à corrupção*. 2008, 118f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

NUNES, Inês I. L. *O novo regime punitivo da corrupção*. 2012, 46 f. Dissertação (Mestrado Forense) – Universidade Católica Portuguesa, Lisboa.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU, *Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção*. Nova York, 2003. Disponível em: <<http://www.onu-brasil.org.br/doc/contracorrup.php>>.

PEREIRA, José Matias. *Reforma do Estado, Transparência e Democracia no Brasil*. Disponível em: <<http://www.eumed.net/cursecon/ecolat/>>.

DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

PILAGALLO, Oscar. *Corrupção – Entrave ao desenvolvimento do Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

RIBEIRO, Renato. *O problema central do controle da Administração Pública pode ser resumido ao debate sobre modelos?*. Disponível em: <http://www.anpad.org.br/diversos/trabalhos/002_GPG1049.pdf>.

POLIZELLI, Demerval; OZAKI, Adalton.(Organizadores). *Sociedade da Informação os desafios da era da colaboração e gestão do conhecimento*. São Paulo: Saraiva, 2008.

RODRIGUES DA SILVA, Marcelo. Improbidade Administrativa – Instrumentos para controle preventivo. In: *Forum Administrativo*, n. 139, Belo Horizonte: Forum, 2012.

SILVA, Nivaldo C. da. *O lugar da corrupção: deficiências e formas de controle na gestão do governo municipal*. 2007, 173 f. Dissertação (Doutorado em Sociologia) – Universidade Estadual Paulista, Araraquara.

SILVA JÚNIOR, Ary R. da. Neoliberalismo e corrupção: análise comparativa dos ajustes neoliberais no Brasil de Fernando Collor (1990-1992) e no México de Carlos Salinas (1988-1992). *O incremento da corrupção e seus custos sociais*. 2006, 308 f. Dissertação (Doutorado em Sociologia) – UNESP, Araraquara.

TAMASAUKAS, Igor Sant Ànna; BOTTINI, Pierpaolo. Mecanismos de Transparência e Combate à Corrupção. *Cadernos FGV Projetos*, ano 11, n. 27, abr. 2016.

TELES, Idete. *Poder, paixão e corrupção no Estado*. 2008, 111 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

THE OXFORD ENGLISH DICTIONARY, v. I, A-B. Oxford at the Clarendon Press, 7933 e *The new Oxford American dictionary*, Second Edition, 2005.

VIEIRA, James B. O impacto das capacidades institucionais do setor público: um estudo exploratório sobre as causas e efeitos das improbidades na administração pública municipal brasileira. *6º concurso de monografias da CGU*, Brasília, 2011. Disponível em: < http://www.cgu.gov.br/concursos/Arquivos/6_ConcursoMonografias/1-Lugar-Profissionais.pdf>.



ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DE SERVIDORES PÚBLICOS: PRESUNÇÃO RELATIVA DA ORIGEM ILÍCITA DOS BENS E RESTITUIÇÃO DOS BENS ACRESCIDOS ILICITAMENTE

*UNLAWFUL ENRICHMENT OF PUBLIC SERVANTS: RELATIVE
PRESUMPTION OF ILLICIT ORIGINS AND RESTITUTION OF
ILLEGALLY ACQUIRED ASSETS*

Eduardo Alonso Olmos

Advogado da União

Mestre em direito pela Universidade de Salamanca (Espanha)

SUMÁRIO: Introdução; 1 Apuração do enriquecimento ilícito no âmbito administrativo; 2 Ônus da prova no ato de improbidade referente à injustificada evolução patrimonial; 3 Flexibilização do ônus da prova sob a ótica nacional e internacional; 4 Presunção da origem ilícita dos bens em decorrência do dever de prestar contas sob a ótica nacional e internacional; 5 Criminalização do enriquecimento ilícito no âmbito nacional e internacional; 6 Da vedação ao enriquecimento sem causa às custas do estado e a restituição dos bens acrescidos ilicitamente; 7 Conclusão; Referências.

RESUMO: o presente artigo visa chamar atenção para a utilização de sindicância patrimonial para identificar casos de evolução patrimonial incompatível com os rendimentos do servidor público, cabendo ao investigado provar a origem lícita do patrimônio, em razão do seu dever de prestar contas, sob pena de se presumir sua ilicitude. Nesse caso, é cabível: (i) a demissão do servidor em processo administrativo disciplinar; (ii) o ajuizamento de ação de improbidade administrativa com indisponibilidade dos bens acrescidos ilicitamente; (iii) se não estiver disponível a ação de improbidade, o ajuizamento de ação de restituição dos bens acrescidos ilicitamente, para evitar o enriquecimento sem causa às custas do Estado.

PALAVRAS-CHAVE: Sindicância Patrimonial. Evolução Patrimonial Incompatível. Enriquecimento Ilícito. Presunção de Ilicitude. Ônus da Prova.

ABSTRACT: the present article addresses itself to the use of patrimonial syndication to identify cases of incompatible patrimonial evolution of the public servant, in which the investigated carries the burden to prove the legal origin of the property, under consequence of its presumed unlawfulness. In this case, it is appropriate to: (i) dismiss the public server in disciplinary administrative proceedings; (ii) the filing of administrative improbity civil suits able to freeze unlawfully added assets; (iii) if the improbity suit is not available, filing a suit for the restitution of unlawfully added assets, to avoid unjust enrichment at the expense of the State.

KEYWORDS: Patrimonial Syndication. Incompatible Capital Evolution. Unjust Enrichment. Presumption of Unlawfulness. Burden of Proof.

INTRODUÇÃO

O enriquecimento ilícito de agentes públicos, identificado pela desproporcional evolução do patrimônio em sede de processo administrativo, é um tema que ainda gera muito controvérsia no âmbito doutrinário e jurisprudencial, especialmente no tocante ao ônus da prova sobre a ilicitude dessa evolução patrimonial.

Será demonstrado que o art. 9º, inciso VII, da Lei 8.429/92, e que outras normas referentes ao dever de prestar contas dos agentes públicos, preveem uma presunção relativa sobre a ilicitude na desproporcional evolução patrimonial, enquanto o réu não provar o contrário, o que gera certa flexibilização nas regras dos ônus da prova.

Contudo, essa flexibilização das regras probatórias não afetam a sua teoria estática, no sentido de que o autor deve provar os fatos constitutivos (desproporcional evolução patrimonial) e o réu os fatos extintivos, modificativos ou impeditivos (origem lícita dos bens).

Além disso, observa-se que essa análise da variação patrimonial no âmbito administrativo não é muito explorado pelas instituições públicas em geral, seja pelo desconhecimento da importância dessa apuração, seja pela ausência de estrutura necessária das Corregedorias de alguns órgãos públicos, seja pelo desconhecimento de que as autoridades administrativas podem solicitar diretamente à Receita Federal o acesso a dados fiscais, ou podem pedir, por intermédio da respectiva advocacia pública, a quebra de sigilo bancário em juízo.

O Direito internacional e comparado revela a necessidade de punir agentes públicos por injustificáveis aquisições patrimoniais, de modo a permitir a flexibilização do ônus da prova sobre a origem lícita dos bens, levando em conta também o dever dos agentes públicos prestarem contas.

Por fim, será demonstrado que, quando a ação de improbidade não está disponível por algum motivo, cabe o ajuizamento de ação de restituição dos bens acrescidos ilicitamente, para evitar enriquecimento sem causa às custas do Estado.

1 APURAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO

O art. 9º, inciso VII, da Lei 8.429/1992 prevê como ato de improbidade administrativa “adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público”.

Para análise da configuração do referido ato de improbidade, é fundamental ter acesso a informações de diversos bancos de dados sobre

o patrimônio de pessoas físicas (rendas, bens móveis, imóveis, direitos, etc.), com destaque para os dados fiscais, principalmente o chamado “dossiê integrado”¹, o relatório de inteligência financeira do COAF (Art. 15 da Lei 9.613/98²), e eventual quebra do sigilo bancário³.

Neste aspecto, todos os agentes públicos do Poder Legislativo, Executivo e Judiciário devem apresentar anualmente (ou permitir o acesso eletrônico), a sua declaração de bens, incluindo dos dependentes economicamente (como cônjuge, filhos, etc.), desde o início até o fim do exercício da função pública, à luz do art. 13 da Lei 8.429/92⁴, do art. 1º da Lei 8.730/93⁵, dos arts. 2º e 3º do Decreto nº 5.483/2005, e do art. 1º da Portaria Interministerial-MPOG/CGU nº 298/07.

Para esta análise patrimonial, quando há indícios de enriquecimento ilícito, cabe a instauração de uma *sindicância patrimonial*, procedimento sigiloso e investigatório, sem caráter punitivo, composto por dois ou mais servidores ou empregados públicos efetivos, para apurar evolução

- 1 O dossiê integrado reúne diversas informações fiscais disponíveis nos sistemas internos da Receita Federal do Brasil, com destaque para a Declaração do Imposto de Renda, Declaração de Operação Imobiliária (DOI), Declaração de Informações sobre Atividades Imobiliárias (DIMOB), Declaração de Informações sobre Movimentação Financeira (DIMOF).
- 2 Art. 15. O COAF comunicará às autoridades competentes para a instauração dos procedimentos cabíveis, quando concluir pela existência de crimes previstos nesta Lei, de fundados indícios de sua prática, ou de qualquer outro ilícito.
- 3 AGRADO DE INSTRUMENTO. *IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DECRETAÇÃO DA INDISPONIBILIDADE DE BENS. GARANTIA DE RESSARCIMENTO DO DANO AO ERÁRIO. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. POSSIBILIDADE.* - A indisponibilidade de bens prevista no art. 7º da Lei nº 8.742/92 e no art. 37, §4º da Constituição Federal é cabível quando há indícios de que o ato de improbidade administrativa tenha ocasionado lesão ao patrimônio público ou o enriquecimento ilícito, e objetiva garantir a efetividade do processo e o ressarcimento ao Erário. - No caso dos autos, a ação originária descreve minuciosamente os fatos ocorridos, correlacionando-os às condutas elencadas nos artigos 9º e 10º da Lei nº 8.429/92. Há nos autos, documentos comprobatórios e depoimentos que reforçam a razoabilidade e pertinência da medida liminar concedida - A quebra do sigilo bancário é providência válida, não apresentando vícios de ilegalidade ou de inconstitucionalidade. Considere-se que os direitos e garantias individuais não se revestem de caráter absoluto, cedendo em razão do interesse público. - Portanto, a *quebra do sigilo é medida necessária, pois visa obter informações específicas quanto à evolução patrimonial* do réu e sua relação com os fatos, providências necessárias à instrução do feito. - Precedentes da 6ª Turma deste E. Tribunal e do S.T.J. - Agravo de Instrumento improvido. (TRF - AI 00818111620074030000, Sexta Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA:19/07/2012)
- 4 Art. 13, § 3º Será punido com a pena de demissão, a bem do serviço público, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, o agente público que se recusar a prestar declaração dos bens, dentro do prazo determinado, ou que a prestar falsa.
- 5 Art. 2º, § 5º Relacionados os bens, direitos e obrigações, o *declarante apurará a variação patrimonial ocorrida no período, indicando a origem dos recursos* que hajam propiciado o eventual acréscimo.
§ 7º O Tribunal de Contas da União poderá:
a) expedir instruções sobre formulários da declaração e prazos máximos de remessa de sua cópia;
b) exigir, a qualquer tempo, a comprovação da legitimidade da procedência dos bens e rendas acrescidos ao patrimônio no período relativo à declaração.

patrimonial incompatível com os recursos do agente público, o qual deve ser notificado para apresentar esclarecimentos.⁶

Ao final, se não houver justificativa da origem lícita do patrimônio a descoberto, a sindicância patrimonial pode ser convertida em processo administrativo disciplinar (art. 9º, § 3º, do Decreto nº 5.483/2005), para eventual aplicação da pena de demissão, por ato de improbidade previsto no art. art. 9º, inciso VII, da Lei 8.429/1992, conforme autoriza o art. 132, IV, da Lei 8.112/1990.

É de suma importância ressaltar que a jurisprudência recente e dominante do STJ e do STF aponta que a Lei de Improbidade não revogou a previsão da Lei 8.112/1990 da penalidade de demissão de servidor pela prática de ato de improbidade, e que é perfeitamente possível demitir servidor, com fundamento no art. 132, IV, da Lei 8.112/90, independentemente do ajuizamento da ação de improbidade, em razão da independência das instâncias. Para ilustrar, transcreve-se abaixo jurisprudência do STF sobre o tema:

Mandado de segurança. Policiais rodoviários federais. Demissão de servidor federal por Ministro de Estado. [...] *Punição no âmbito administrativo com fundamento na prática de improbidade administrativa independe de provimento judicial que reconheça a conduta de improbidade administrativa. Independência entre as instâncias da improbidade administrativa e administrativa. Nego provimento ao recurso ordinário.* (RMS n. 24194/DF, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 07/10/2011).

No mesmo sentido: MS 12.536/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/05/2008, DJe 26/09/2008; AgRg no MS 19.005/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/09/2012, DJe 08/10/2012; MS 15.054/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro GILSON DIPP, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25/05/2011, DJe 19/12/2011; MS 12.262/DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 27/06/2007, DJ 06/08/2007, p. 461; MS 16.418/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/08/2012, DJe 24/08/2012; MS 15.848/DF, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/04/2013, DJe 16/08/2013.

6 Ver art. 8º da Ordem de Serviço Nº 265, de 08/12/2006 da CGU: A Comissão notificará o investigado para apresentar esclarecimentos sobre as conclusões da análise patrimonial, pessoalmente ou por procurador.

Ademais, conforme manual de Processo Administrativo Disciplinar - PAD do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle - CGU, o enriquecimento ilícito do servidor pode ser identificado das seguintes formas: (i) evolução patrimonial incompatível com os rendimentos; (ii) sinais exteriores de riqueza (gastos superiores aos rendimentos); (iii) movimentações financeiras incompatíveis.⁷

2 ÔNUS DA PROVA NO ATO DE IMPROBIDADE REFERENTE À INJUSTIFICADA EVOLUÇÃO PATRIMONIAL

Uma parte minoritária da doutrina e da jurisprudência, mas considerável, sustenta que não basta ao autor provar a desproporcional evolução patrimonial, senão que também deve provar onexo causal entre a conduta ilícita praticada no exercício da função pública e a evolução patrimonial (ou seja, os indícios do ato de improbidade que geraram o enriquecimento), para que não haja inversão do ônus da prova. Argumenta-se, ainda, que a inversão do ônus da prova exige previsão legal expressa, de maneira que o projeto original da Lei de Improbidade previa expressamente tal inversão, mas foi excluída pelo Congresso Nacional antes de sua aprovação. Nessa linha de entendimento, pode-se citar a seguinte jurisprudência e doutrina:

Jurisprudência: Tribunal Regional Federal da 1ª Região: Apelação nº 199938000355926, julgado de 16/03/2012; Tribunal de Justiça de São Paulo: Rescisória nº 0188238-86.2012.8.26.0000, julgado de 03/12/2012, Apelação nº 0315995-68.2009.8.26.0000, julgado de 03/05/2010, e Apelação nº 0159970-32.2006.8.26.0000, julgado de 23/04/2008.

Doutrina: NEIVA, José Antonio Lisboa. Improbidade Administrativa: legislação comentada artigo por artigo: doutrina, legislação e jurisprudência. 3.ed., Rio de Janeiro: Ed. Impetus, 2012, p. 86-88; FILHO, Marino Pazzaglini et al. Improbidade Administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 69-72; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Improbidade administrativa e crimes de prefeito, comentários, artigo por artigo, da Lei nº 8.429/92 e do DL 201/67. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 78-82; MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. O Limite da Improbidade Administrativa, 5ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010, p. 214-221; COPOLA, Gina, A improbidade administrativa no direito brasileiro. Belo Horizonte: Forum, 2011, p. 87-89.

7 CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, *Manual de Processo Administrativo Disciplinar*, Brasília, 2013.

Entretanto, a doutrina e a jurisprudência predominantes, sobretudo do STJ, entendem que basta ao autor da ação de improbidade provar a desproporcional evolução patrimonial no exercício da função pública (presunção relativa da origem ilícita dos bens), e ao réu cabe provar a origem lícita dos bens indicados, independentemente da prova sobre qualquer outro ato de improbidade que gerou a evolução patrimonial, conforme relação abaixo:

Jurisprudência: STJ, AgRg no AREsp 548.901/RJ, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/02/2016, DJe 23/02/2016; STJ, MS 19.782/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2015, DJe 06/04/2016 STJ, MS 18.460/DF, Rel. p/ acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 02/04/2014; STJ, AgRg no AREsp nº 187235, julgado de 09/10/2012; Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação nº 0278658-11.2010.8.26.0000, julgado de 15/05/2012; Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Apelação nº 2002.72.08.005596-8/SC, julgado de 29/07/2009; Tribunal de Justiça do Paraná, Apelação nº 116.521-3, julgado de 02/10/2002; Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF5), Apelação nº 537339/PE (2009.83.00.015614-3), julgado de 28/06/2012; TRF5-AC 00052190720104058200 DJE - Data: 18/03/2016; TRF3, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 560348, e-DJF3 Judicial DATA:03/09/2015

Doutrina: JÚNIOR, Wallace Paiva Martins. Proibidade Administrativa. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 194-199; GARCIA, Emerson, e ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa, 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 493/494; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 223-224. OSORIO, Fabio Medina. Teoria da Improbidade Administrativa. São Paulo: RT, 2007, p. 455-461; SOBRANE, Sérgio Turra. Improbidade administrativa: aspectos materiais, dimensão difusa, e coisa julgada. São Paulo: Ed. Atlas, 2010, p. 46-48; MARQUES, Silvio Antonio. Improbidade Administrativa: ação civil e cooperação jurídica internacional. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010, p. 79-81;

Este entendimento baseia-se, fundamentalmente, na *teoria estática do ônus da prova*, nos termos no art. 373 do novo CPC, segundo a qual os fatos constitutivos são provados pelo autor (desproporção entre bens e renda), e os fatos extintivos, modificativos ou impeditivos são provados pelo réu

(origem lícita dos bens), levando-se em conta o dever de prestar contas do funcionário público, inclusive sobre a origem da evolução patrimonial, conforme art. 2º, § 5º, da Lei 8.730/1993⁸.

Por todos, vale transcrever duas jurisprudências mais recentes do STJ, que reafirmam essa teoria, enfatizando-se que *o enriquecimento ilícito não precisa estar diretamente vinculado com o exercício do cargo público*:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. AUDITOR FISCAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VARIAÇÃO PATRIMONIAL A DESCOBERTO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO CONFIGURADO. SEGURANÇA DENEGADA.

[...]

3. *Em matéria de enriquecimento ilícito, cabe à Administração comprovar o incremento patrimonial significativo e incompatível com as fontes de renda do servidor. Por outro lado, é do servidor acusado o ônus da prova no sentido de demonstrar a licitude da evolução patrimonial constatada pela administração, sob pena de configuração de improbidade administrativa por enriquecimento ilícito. Precedentes.*

4. No caso, restou comprovado no âmbito do PAD a existência de variação patrimonial a descoberto (e desproporcional à remuneração do cargo público); e que o indiciado não demonstrou que os recursos questionados tinham origem lícita. Por outro lado, não há falar em atipicidade da conduta atribuída pela Administração porque as variações patrimoniais apontadas não podem ser consideradas irrisórias, a exemplos das que decorrem de mera desorganização fiscal do servidor.

5. Ademais, conforme já decidiu a Terceira Seção no MS 12.536/DF (Min. Laurita Vaz, DJe 26/09/2008), *“a conduta do servidor tida por ímproba não precisa estar, necessária e diretamente, vinculada com o exercício do cargo público”*.

6. Segurança denegada, ressalvadas as vias ordinárias.

8 Art. 2º, § 5º, de la Lei 8.730/1993: “relacionados os bens, direitos e obrigações, o declarante apurará a variação patrimonial ocorrida no período, indicando a origem dos recursos que hajam propiciado o eventual acréscimo”.

(MS 19.782/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2015, DJe 06/04/2016)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. DESPROPORCIONALIDADE ENTRE RENDA E PATRIMÔNIO. ART. 9º, VII, DA LEI 8.429/92. ÔNUS DA PROVA. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE, À LUZ DAS PROVAS DOS AUTOS, CONCLUIU PELA CARACTERIZAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. Na apuração do ato de improbidade, previsto no art. 9º, VII, da Lei 8.429/92, cabe ao autor da ação o ônus de provar a desproporcionalidade entre a evolução patrimonial e a renda auferida pelo agente, no exercício de cargo público. Uma vez comprovada essa desproporcionalidade, caberá ao réu, por sua vez, o ônus de provar a licitude da aquisição dos bens de valor tido por desproporcional.

[...]

(AgRg no AREsp 548.901/RJ, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/02/2016, DJe 23/02/2016)

A jurisprudência costuma embasar seu entendimento nas lições de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, valendo transcrevê-las a seguir:

Compete ao autor o ônus de provar a aquisição de bens de valor desproporcional à renda do agente, sendo este o fato indicante; o fato indicado, por sua vez, é o enriquecimento ilícito, o qual é desdobramento lógico daquele. A evolução patrimonial dos agentes públicos, consoante o art. 13 da Lei n.º 8.429/92, é objeto de rigoroso controle, o que reforça a assertiva de que rendimentos percebidos e bens adquiridos devem evolver de forma correlata, sendo indício veemente de enriquecimento ilícito e, ipso fato, de improbidade, a dissonância existente entre a evolução patrimonial do agente e a contraprestação que lhe fora paga pelo Poder Público pelos serviços prestados. Em

casos tais, será flagrante que o ímprobo auferiu vantagens indevidas em razão de sua condição de agente público, o que, por si só, infringe a moralidade administrativa. *Não há que se falar em inversão do ônus da prova, restando ao agente público demandado, unicamente, o ônus de provar os fatos modificativos, impeditivos ou extintivos da pretensão do autor, o que deflui da própria sistemática vigente (art. 333, II, do CPC). Essa conclusão é robustecida pelo disposto no art. 2º, § 5º, da Lei n.º 8.730/1993, segundo o qual, 'relacionados os bens, direitos e obrigações, o declarante apurará a variação patrimonial ocorrida no período, indicando a origem dos recursos que hajam propiciado o eventual acréscimo. [...]* Assim, bastará ao agente demonstrar que os bens adquiridos, apesar de não estarem em harmonia com elementos que informam a declaração de bens prevista no art. 13 da Lei de Improbidade, têm origem lícita, tendo ocorrido uma omissão ou erro na interpretação da referida declaração, sendo esse o fato impeditivo da pretensão do autor. Acaso fosse exigida a prova dos atos ilícitos que teriam motivado a evolução patrimonial indevida, culminar-se-ia em coroar a perspicácia de ímprobos cujo patrimônio aumenta em progressão geométrica e que possuem atividade extremamente diversificada, o que inviabilizaria a identificação do momento e da forma em que se operou o ilícito deflagrador de tal prosperidade.⁹

No tocante ao PAD, de acordo com o manual de PAD da CGU, também se reforça que cabe à Administração apenas provar a desproporção entre bens e rendas, o que constitui *presunção relativa* contra o investigado, que deve provar a origem lícita dos bens, como herança, atividades empresariais legais, valorização natural do bem, etc., “*in verbis*”:

Isto é, sendo atestado pela administração que houve aquisição de bens além do suportado pelos rendimentos legalmente declarados, constitui-se *presunção juris tantum* (relativa) contra o investigado, que poderá produzir elementos de prova em sentido contrário.

[...]

Com isso, não é necessária a comprovação do recebimento de efetiva vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, prevista no caput do art. 9º, para a capitulação da conduta no inciso VII, posto ser independente.

9 GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 493/494.

Além disso, exigir a comprovação do liame do enriquecimento ilícito com o cumprimento das funções públicas tornaria sem efeito a própria previsão do inciso VII, esvaziaria seu conteúdo, já que a conduta deixaria de ser nele inserta para configurar os ilícitos previstos no art. 117, IX ou XII, da Lei no 8.112/90.¹⁰

De fato, como menciona o referido manual de PAD da CGU, exigir a prova do ato de improbidade que gerou o enriquecimento ilícito tornaria letra morta o art. 9º, inciso VII, da Lei 8.429/92, pois, por razões óbvias, se houver a necessidade de enquadramento em outro dispositivo da Lei de Improbidade, não serviria para nada o dispositivo referente à evolução patrimonial de forma desproporcional.

3 FLEXIBILIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA SOB A ÓTICA NACIONAL E INTERNACIONAL

Diversas normas internacionais autorizam que os países exijam do réu a prova sobre a origem lícita dos bens com suspeita de ilicitude, em conformidade com o direito interno de cada Estado, a exemplo do art. 5.7 da Convenção da ONU contra o Tráfico de Drogas de 1988, do art. 12.7 da Convenção da ONU contra o Crime Organizado de 2000, do art. 31.8 da Convenção da ONU contra a Corrupção de 2003, do art. 3.4 do Convênio de Varsóvia de 2005, do art. 11 do Convênio Civil sobre a Corrupção, de 04/11/1999, e da Recomendação 4 do Grupo de Ação Financeira - GAFI.

Em relatório de grupo multidisciplinar de especialistas da União Europeia sobre a delinquência organizada e a lavagem de dinheiro, concluiu-se que era na prática quase impossível de provar, em um juízo de certeza, a origem delitiva dos bens em centros financeiros offshore, clamando-se por presunções e distribuições na carga da prova.¹¹

A Procuradoria-Geral da República de Portugal, em parceria com a Polícia Judiciária, a Fiscalía General del Estado de Espanha, e o Bureau Ontnemingswetgeving OM – B.O.O.M. (Gabinete de Recuperação de Ativos dos Países Baixos), participaram do programa comunitário criado pela Decisão 2007/125/JAI do Conselho da União Europeia, de 12/12/2007, com um projeto relacionado à recuperação de ativos, denominado “Projecto Fenix”. Neste projeto, afirma-se a necessidade do uso de presunções iguais

10 CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, *Manual de Processo Administrativo Disciplinar*. Brasília, 2013. p. 317 a 319.

11 Draft Report of the informal Money Laundering Experts Group, 12706/98, CRIMORG 173, Bruselas, el 6 Noviembre 1998, p. 37, apud STESENS, Guy, *Money Laundering...*, op. cit., p. 67

ao do processo civil, para a eficaz recuperação de ativos, recomendando-se aos Estados que:

Adoptem legislação que permita que a perda ou confisco de bens possa ser decretada, segundo o standard civilístico de prova, em processo de natureza não penal, instaurado independentemente de sentença penal;

Não se utiliza nesse artigo a expressão inversão do ônus da prova porque é a acusação que deve apresentar, inicialmente, indícios suficientes para crer que os bens são provenientes de um ato de corrupção, formando presunções relativas, que podem ser refutadas pelo acusado. Essa expressão passa a falsa impressão que a acusação não deve apresentar indícios da origem ilícita dos bens, recaindo a prova totalmente sobre o réu.

Sobre este tema, é oportuno abordar sobre a extinção de domínio (também chamada de perdimento sem condenação penal ou “non-conviction based asset forfeiture”), que costuma ter as seguintes características comuns: 1) permite bloquear e confiscar os instrumentos ou o produto do delito independentemente de uma condenação penal prévia, mas há uma relação com uma atividade ilícita; 2) é uma ação contra a coisa (*in rem*), por exemplo, Estados Unidos contra a casa X, o veículo Y, e US\$ 160 mil na conta bancária Z; 3) admite-se flexibilizar o ônus da prova sobre a origem do bem (o réu deve provar a origem lícita dos bens), de modo que os indícios para o perdimento sem condenação são menos rigorosos que para as condenações penais. Os seguintes países regulamentaram a extinção de domínio:

Anguilla, Antígua e Barbuda, Austrália, Bulgária e Sérvia, algumas províncias canadenses (Alberta, British Columbia, Manitoba, Ontário, Quebec, Saskatchewan, Colômbia, Costa Rica, Cuba, Eslovênia, EUA, Fiji, Filipinas, Guernsey, Honduras, Irlanda, Ilha de Man, Israel, Jersey, Liechtenstein, México, Nova Zelândia, Peru, Reino Unido, África do Sul, Suíça, Tailândia e Zâmbia.¹²

A extinção de domínio é recomendada, ainda, por inúmeros organismos internacionais de relevada importância. Cito aqui a Secretaria da Commonwealth, organização intergovernamental composta por 54 países, que elaborou um relatório e uma legislação modelo sobre “civil

¹² GREENBERG, Theodore S., *et al*, *Recuperación de activos robados: Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena*, Banco Mundial e UNODC, 2009, p. 20-21. Ver também CORDERO, Isidoro Blanco. *Recuperación de activos de la corrupción mediante el decomiso sin condena (comiso civil o extinción de dominio)*, en CAPARRÓS, Eduardo A. Fabián, *El derecho penal y la política criminal frente a la corrupción*, 1ª edición, 2012. p. 339-340.

recovery of criminal assets”, em 2005¹³. Da mesma forma, a Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes (UNODC) editou uma lei modelo de extinção de domínio para América Latina¹⁴. E o Banco Mundial e a UNODC já publicaram alguns livros favoráveis à extinção de domínio¹⁵.

Nesta linha de raciocínio, o Tribunal Constitucional da Colômbia, na sentença C-740/03, ao analisar a constitucionalidade da extinção de domínio colombiana (a primeira a ser instituída na América Latina), sustenta com coerência que não há uma inversão na carga da prova em favor do Estado, pois a acusação deve apresentar a prova indiciária da procedência ilícita dos bens, e o acusado está em melhores condições de provar que os bens têm origem lícita (não valem negações genéricas), de acordo com a *teoria da carga dinâmica da prova*. Devido à sensatez desta decisão, vale reproduzir alguns de seus trechos:

el Estado [...] se encuentra en el deber ineludible de practicar las pruebas necesarias para concluir que el dominio ejercido sobre los bienes no tiene una explicación razonable derivada del ejercicio de actividades lícitas. [...] Las negaciones indefinidas «del reo», en el sentido que no es ilícita la procedencia de los bienes, no lo eximen del deber de aportar elementos de convicción que desvirtúan la inferencia, probatoriamente fundada, del Estado en cuanto a esa ilícita procedencia. De allí que al afectado con el ejercicio de la acción de extinción de dominio, le sea aplicable la teoría de la carga dinámica de la prueba, de acuerdo con la cual quien está en mejores condiciones de probar un hecho, es quien debe aportar la prueba al proceso. Así, en el caso de la acción de extinción de dominio, ya que el titular del dominio sobre los bienes es el que está en mejores condiciones de probar su origen lícito, es él quien debe aportar las pruebas que acrediten ese hecho y que desvirtúen el alcance de las pruebas practicadas por las autoridades estatales en relación con la ilícita procedencia de esos bienes.

Quanto à teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, vale comentar que esta teoria mantém as regras clássicas do *onus probandi*, de que o autor deve provar os fatos constitutivos da demanda, e o réu incumbe provar os fatos modificativos, impeditivos ou extintivos. Sem

13 Commonwealth Secretariat, Report of the Commonwealth Working Group on Asset Repatriation. Marlborough House. London, United Kingdom, August 2005. Ver também: Commonwealth Secretariat, Commonwealth model legislative provisions on the civil recovery of criminal assets including terrorist property.

14 UNODC. *Ley modelo de extinción de dominio*. Programa de Asistencia Legal para América Latina y el Caribe.

15 Ver publicações do Banco Mundial e da UNODC (STAR) no seguinte website: <http://star.worldbank.org/star/publications?keys=&sort_by=score&sort_order=DESC&items_per_page=10>.

embargo, esta teoria permite uma flexibilização na distribuição do ônus da prova em casos excepcionais, que deve pesar sobre quem está em melhores condições de provar (autor ou réu), para que não haja resultados sem valor e injustos em casos em que a prova é impossível ou de difícil concretização (prova diabólica).¹⁶

A teoria está embasada nos princípios da veracidade, da tutela efetiva, da igualdade entre as partes (paridade de armas), da instrumentalidade do processo, da solidariedade, e da efetiva colaboração das partes com o órgão jurisdicional.¹⁷ Estes princípios, somados aos indícios apresentados pelo autor e as presunções judiciais, permitem a aplicação desta teoria independentemente de previsão legal, não obstante muitos países disponham de lei sobre o tema, como Brasil, Espanha, Alemanha, entre outros.¹⁸

O Código Modelo de Processos Coletivos para Iberoamérica, art. 12, Parágrafo 1º, adota esta teoria ao definir que “o ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração”.

Ademais, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos - TEDH já sustentou em diversas oportunidades que a recuperação de ativos derivados do delito, quando não há sanção penal (não há possibilidade de prisão), não se aplicam algumas garantias próprias do processo penal, como os princípios da presunção de inocência e da não autoincriminação, permitindo, assim, uma flexibilização quanto ao ônus da prova (ver: Welch contra o Reino Unido, N° 17440/90 - TEDH, 9 de fevereiro de 1995; Philips contra o Reino Unido, N° 41087/98 - TEDH, 5 de julho de 2001; mayordomo contra o Reino Unido, N° 41661 / 98 - TEDH, 27 de junho de 2002).¹⁹

O novo Código de Processo Civil, no seu art. 373, §1º, prevê expressamente a flexibilização do ônus da prova, nos seguintes termos:

nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova

16 Ver ZANETI, Paulo Rogério. *Flexibilização das regras sobre o ônus da prova*. Malheiros, 2011. p. 115-123.

17 Ibidem, p. 118-119.

18 Ibidem, p. 129-131. Na Espanha, o art. 217.7 da “Ley de Enjuiciamiento Civil” flexibiliza a distribuição do ônus da prova ao dispor que “el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio”. Vale mencionar que no Brasil esta teoria é prevista no art. 6º, VIII, da Lei 8.078/1990, para os casos de violação aos interesses coletivos ou difusos, que são diretamente relacionados aos atos de corrupção, causadores de danos difusos, afetando campos sociais, políticos e econômicos, sem se olvidar que a doutrina brasileira dominante admite a aplicação desta teoria em qualquer outro tipo de processo civil, com base em tais princípios (ibidem, p. 124-128).

19 Ver BRUN Jean-Pierre et al, *Asset Recovery Handbook: a guide for practitioners*, BANCO MUNDIAL E UNODC, 2011. p. 104.

do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

Veja, o CPC permite que o Juiz realize essa distribuição dinâmica do ônus da prova, ou até inverter o ônus da prova, conforme suas *regras de experiência sobre as dificuldades de se provar*.

Contudo, no caso da evolução patrimonial desproporcional, a lei já disse que cabe apenas ao autor provar a desproporção entre bens e rendas, o que são provas e indícios suficientes para a suspeita de ilicitude dos bens, cabendo ao réu provar sobre a origem lícita deles.

Isto é, a própria lei já disse que se deve distribuir dinamicamente o ônus da prova, estabelecendo uma presunção relativa da origem ilícita dos bens, de modo que cabe ao réu provar o contrário (prestar contas). Extrai-se do próprio ordenamento jurídico que há uma necessária distribuição dinâmica do ônus da prova nos casos de evolução patrimonial incompatível com os rendimentos.

Como visto anteriormente, antes de ajuizar uma ação de improbidade, deve-se instaurar sindicância patrimonial ou processo administrativo disciplinar, com a necessária notificação do investigado para esclarecimentos. Assim, é aconselhável aguardar a conclusão do PAD, para evitar ações temerárias e ajuizar a ação de improbidade da forma mais justa e ampla possível. Nesse processo administrativo, seguramente o investigado sabe que se permanecer silente, sem justificar o acréscimo patrimonial, sofrerá uma pena administrativa, ainda mais diante da jurisprudência do STJ.

Nessa linha de raciocínio, não há necessidade de o juízo fundamentar ou explicitar que a ausência de justificativa sobre o acréscimo patrimonial acarretará na sua condenação por ato de improbidade (embora essa advertência possa ser feita), pois decorre da presunção legal relativa da origem ilícita dos bens e do dever de prestar contas, conforme será demonstrado com mais detalhes no próximo capítulo.

4 PRESUNÇÃO DA ORIGEM ILÍCITA DOS BENS EM DECORRÊNCIA DO DEVER DE PRESTAR CONTAS SOB A ÓTICA NACIONAL E INTERNACIONAL

A simples desproporção entre a renda e os bens, adquiridos durante o exercício da função pública, revelam indícios da prática de corrupção (presunção relativa), quando não comprovada a origem lícita dos bens pelo agente público, devido ao seu *dever legal de prestar contas* e assim demonstrar a licitude de seus bens, principalmente por receber dinheiro público, gerir bens públicos e prestar serviços de interesse público.

Nesse sentido, dentre diversas normas que exigem a declaração de bens por parte do agente público, destacam-se o art. 2º, § 5º e § 7º, da Lei 8.730/93, que *determinam ao próprio agente público a apuração de variação patrimonial e indicar a origem dos recursos que propiciaram o acréscimo*, inclusive prevendo que o TCU pode exigir explicações sobre a *legitimidade da procedência dos bens* referentes ao acréscimo. Pela especificidade e importância, vale transcrever os referidos dispositivos:

Art. 2º, § 5º Relacionados os bens, direitos e obrigações, o declarante apurará a variação patrimonial ocorrida no período, indicando a origem dos recursos que hajam propiciado o eventual acréscimo.

[...]

§ 7º O Tribunal de Contas da União poderá:

[...]

b) *exigir, a qualquer tempo, a comprovação da legitimidade da procedência dos bens e rendas acrescidos ao patrimônio no período relativo à declaração.*

A presunção legal exige prova, que, no caso, é da evolução patrimonial desproporcional. Ou seja, a presunção depende de prova, mas somente o *fato conhecido ou secundário* deve ser provado (são os chamados indícios), ficando de fora do campo probatório o fato desconhecido e a relação de causalidade²⁰. Nessa hipótese, a presunção legal é relativa, pois admitem prova em contrário, à luz do art. 374, inciso IV, do NCPC.

Em outras palavras, no caso do enriquecimento ilícito, os indícios da procedência ilícita dos bens são indicados pela Lei (desproporção entre bens e rendas), bastando à acusação apresentá-los, a fim de constituir uma previsão legal relativa (*iuris tantum*), que admite prova em contrário, provocando uma flexibilização na distribuição do ônus da prova. Essa é a vantagem da presunção legal, como bem argumenta Fernando Gascón Inchausti:

La ventaja para la acusación es algo mayor cuando la presunción es legal que cuando es judicial, dado que no será preciso esfuerzo alguno en demostrar la existencia y la idoneidad del nexo entre el indicio y

²⁰ Nesse sentido, ver CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 361.

el hecho presunto, extremo éste que suele ser necesario -aunque no necesariamente difícil— cuando el enlace no goza de refrendo legal

Acrescente-se que o dever de prestar contas, como pilar do Estado Democrático de Direito, já estava previsto no art. 15 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), no sentido de que “a sociedade tem o direito de pedir conta a todo agente público de sua administração”. A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção também dispõe sobre o dever de prestar contas em diversos artigos, inclusive como uma das finalidades desta Convenção (veja arts. 1.c, 5.1 e 9.2 da Convenção).

A este respeito, é importante ressaltar que a “Ley modelo sobre declaración de intereses, ingresos, activos y pasivos de quienes desempeñan funciones públicas”, elaborada pela OEA, última versão de 22/03/2013, é enfática ao determinar a necessidade da prestação de contas por parte dos funcionários públicos e seus familiares, para verificar eventual enriquecimento ilícito, com previsão de sanções penais e administrativas por não prestar contas (arts. 14 a 19 e 29 a 36 da Lei modelo).²¹

Atualmente, é comum em inúmeros países o dever de os funcionários públicos apresentarem periodicamente suas declarações de bens à Administração Pública, inclusive de seus familiares próximos (frequentemente utilizados como “laranjas”), justamente para analisar eventual riqueza inexplicável.

Ademais, é a sociedade quem, ao final, paga os funcionários públicos, por meio dos impostos, razão pela qual se reforça o dever do funcionário público de prestar contas sobre a licitude da evolução patrimonial.

21 “La presente Ley Modelo es el resultado de un amplio proceso de consultas realizado en el marco de un programa de cooperación desarrollado por la Secretaría General de la OEA, a través del Departamento de Cooperación Jurídica de la Secretaría de Asuntos Jurídicos en su condición de Secretaría Técnica del MESICIC, que, con el apoyo de un consultor internacional para la redacción de su primera versión, fue debatida en un taller de trabajo realizado en Buenos Aires, en mayo de 2011, con la participación de funcionarios de Argentina, Brasil, Chile, Colombia, España, Estados Unidos y México, así como del Banco Mundial, cuyos resultados fueron expuestos en la Segunda Conferencia sobre Avances y Desafíos en la Cooperación Hemisférica contra la Corrupción, celebrada en Cali, Colombia, en junio del mismo año. Posteriormente, fue puesta a consideración de los miembros del Comité de Expertos del MESICIC y de organizaciones de la sociedad civil para sus comentarios y observaciones, los cuales se encuentran incorporados en esta última versión, la cual fue avalada por el Comité de Expertos del MESICIC en la sesión plenaria celebrada el día 22 de marzo de 2013, en el marco de su Vigésima Primera Reunión, la cual tuvo lugar en la sede de la OEA, del 18 al 22 de marzo de 2013.” Disponible em: <http://www.oas.org/juridico/PDFs/ley_modelo_declaracion.pdf>. Acesso en: 28 abr. 2013.

5 CRIMINALIZAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO NO ÂMBITO NACIONAL E INTERNACIONAL

Na esfera internacional, a criminalização do enriquecimento ilícito está facultada pelo art. 20 da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, art. 9º da Convenção Interamericana contra a Corrupção, e art. 8º da Convenção da União Africana sobre a Prevenção da Luta Contra a Corrupção.

O delito de enriquecimento ilícito de funcionários públicos tem por objetivo prevenir a impunidade dos crimes contra a Administração Pública, devido à *dificuldade de provar* específicos crimes de corrupção, de modo que se *presume* que a evolução patrimonial injustificada do funcionário público é proveniente da prática da corrupção²², salvo prova em contrário.

Nesse cenário internacional, *48 países* criminalizam o enriquecimento ilícito, com a consequente flexibilização da distribuição do ônus da prova, quais sejam:

Argélia, Angola, Antígua e Barbuda, Argentina, Bangladesh, Butão, Bolívia, Botsuana, Brunei, China, Hong Kong, Macau, Colômbia, Costa Rica, Cuba, Equador, Egito, El Salvador, Etiópia, Gabão, Guiana, Honduras, Índia, Jamaica, Líbano, Madagascar, Malásia, Nepal, Níger, Panamá, Peru, Ruanda, Serra Leoa, Venezuela, Lesoto, Malawi, México, Nicarágua, Paquistão, Paraguai, Filipinas, Senegal, Uganda, Cisjordânia e Gaza²³.

Vale registrar, ainda, que alguns países criminalizam por enriquecimento ilícito familiares próximos do servidor público, por serem considerados como beneficiários ou partícipes, como El Salvador, Egito e Paraguai.²⁴ Outros países, de forma ainda mais contundente, criminalizam o enriquecimento ilícito de particulares, como Colômbia²⁵, Paquistão²⁶ e

²² SERVIGÓN, César Augusto Nakazaki. Problema de aplicación del tipo penal de enriquecimiento ilícito: desconocimiento de su naturaleza subsidiaria, Ius et Praxis. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima*, n. 33, Enero-Diciembre, 2002, Universidad de Lima, Fondo de Desarrollo Editorial, p. 191.

²³ MUZILA, Lindy et al. *On th take: criminalizing illicit enrichment to fight corruption*. Banco Mundial e UNODC, 2012. p. 67-90.

²⁴ MUZILA, Lindy et al. *On th take: criminalizing illicit enrichment to fight corruption*. Banco Mundial e UNODC, 2012. p. 15.

²⁵ Art. 327 do Código Penal colombiano

²⁶ "Abdul Aziz Memon v. State, 2003 YLR 617, concerning provisions of Section 9(a)(v) relating to assets beyond known sources", *apud* MUZILA, Lindy, *On th take: criminalizing illicit enrichment to fight corruption*, Banco Mundial e UNODC, 2012, p. 14.

Bolívia²⁷. Apesar desses posicionamentos serem questionáveis do ponto de vista constitucional, o fato é que se reforça a importância desse instituto no combate à criminalidade.

Outrossim, as medidas anticorrupção propostas pelo MPF (PL 4850/2016), baseada no art. 277 do Projeto de Lei 236/2012 (reforma do Código Penal), busca criminalizar o enriquecimento ilícito de agentes públicos, nos seguintes termos:

Adquirir, vender, emprestar, alugar, receber, ceder, possuir, utilizar ou usufruir, de maneira não eventual, bens, direitos ou valores cujo valor seja incompatível com os rendimentos auferidos pelo servidor público, ou por pessoa a ele equiparada, em razão de seu cargo, emprego, função pública ou mandato eletivo, ou auferidos por outro meio lícito Pena de 3 a 8 anos.

Particularmente, embora haja autorização de normas internacionais para a criminalização do enriquecimento ilícito, entendo que a ação de improbidade e o processo administrativo disciplinar já são suficientes para proteger tal bem jurídico, não havendo necessidade na criminalização desse fato, diante do princípio penal da intervenção mínima, pelo qual o Direito Penal deve ser a última *ratio* (última opção), quando os outros ramos do direito forem insuficientes (o que não parece ser o caso), principalmente por envolver a liberdade da pessoa.

De todo modo, *se se admite no âmbito internacional a presunção para a condenação penal, inclusive com projeto de lei no Brasil nesse sentido, também se deve admitir a presunção para condenações em ações de improbidade ou para demitir o servidor no âmbito administrativo.*

6 DA VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA ÀS CUSTAS DO ESTADO E A RESTITUIÇÃO DOS BENS ACRESCIDOS ILICITAMENTE

O art. 12, inciso I, da Lei 8.429/92, prevê como sanção do enriquecimento ilícito a perda dos bens e valores acrescidos ilicitamente, o que possibilita também a indisponibilidade sobre o acréscimo patrimonial derivado do enriquecimento ilícito, de acordo com a presunção legal relativa extraída do art. 9º, inciso VII, da Lei 8.429/92, conforme jurisprudência abaixo:

²⁷ Artigo 28 da “Ley de Lucha contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas Marcelo Quiroga Santa Cruz, Ley 004 (31-Marzo-2010)”. Nome do delito: “Enriquecimiento Ilícito de Particulares con Afectación al Estado.”

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. RECURSO DESPROVIDO.

1. Caso em que o Ministério Público Federal, através do que constatado no Inquérito Civil IC 1.34.001.009301/2009-00, concluiu que no ano-calendário de 2008 a agravada possuía patrimônio declarado incompatível com sua renda pelo exercício, durante anos, do cargo de Auditora-Fiscal da Receita Federal do Brasil, totalizando R\$ 7.732.515,10 (sete milhões setecentos e trinta e dois mil, quinhentos e quinze reais e dez centavos), sem que, em diversas oportunidades oferecidas, houvesse demonstração pela agravante da origem de tal patrimônio no que transborda as forças de seus vencimentos.

[...]

8. *Suficientemente caracterizados indícios de incompatibilidade do patrimônio detido pela agravante com sua única fonte de renda, decorrente do exercício do cargo público, e sem prova em contrário, plenamente justificável a indisponibilidade de bens decretada em primeiro grau de acordo com a presunção relativa conferida pelo artigo 9º, VII, da Lei 8.429/92.* 9. Por fim, os fatos revelados nos autos, ainda em sede preliminar, apontam para fundados indícios de que a incompatibilidade entre patrimônio e renda da agravante não decorreria de mero equívoco no preenchimento de declarações pelo contribuinte ou de erro na valoração documental, demonstrando-se, desta forma, que resta preenchido, ainda, o elemento subjetivo a caracterizar o fundado indício de ocorrência do ato ímprobo.

10. Agravo inominado desprovido.

(TRF3 - AI 00146198520154030000, Terceira Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/09/2015)

Entretanto, caso a ação de improbidade não esteja disponível, como morte do réu, prescrição, ou exigência de provas sobre o ato de improbidade que gerou o enriquecimento (entendimento da parte minoritária da jurisprudência e da doutrina), a ação de improbidade pode prosseguir com fundamento na responsabilidade civil quando há danos ou com fundamento no enriquecimento sem causa do direito civil, somente para cobrar os bens acrescidos ilicitamente, em homenagem à economia processual (aproveitar a ação de improbidade já iniciada ao invés de ajuizar nova ação ordinária).

Nesse contexto, veja abaixo entendimento do STJ, que permite a decretação da indisponibilidade de bens por atos de improbidade já prescritos, bem como o prosseguimento da ação (aproveitamento dos atos já praticados) quanto ao ressarcimento ao erário, diante da sua imprescritibilidade²⁸:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO DAS SANÇÕES PREVISTAS NA LEI Nº 8.429/92. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. INDISPONIBILIDADE DE BENS. RISCO DE DANO PRESUMIDO.

1. *A prescrição das sanções previstas na Lei nº 8.429/92 não impede a decretação da indisponibilidade de bens, tendo em vista a imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento dos prejuízos causados ao erário.*

2. Identificada pela instância ordinária a verossimilhança das alegações do Ministério Público acerca da prática do ato ímprobo, sem nenhuma insurgência do réu/agravante, não se faz necessária a demonstração de risco iminente de dilapidação do patrimônio para o deferimento da cautelar de indisponibilidade de bens, pois o periculum in mora está implícito no comando legal (REsp 1.366.721/BA, Relator p/ acórdão Ministro Og Fernandes, julgado sob o rito do art. 543-C do CPC, DJe 19.09.2014).

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 588.830/MG, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 08/10/2015)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. ART. 37, § 5º, DA CF. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DEMONSTRAÇÃO E COMPROVAÇÃO DA PRÁTICA DE ATO DE IMPROBIDADE COMO CAUSA DE PEDIR RESSARCIMENTO. CIRCUNSTÂNCIA EXTRAORDINÁRIA QUE LEGITIMA A ATUAÇÃO DO PARQUET. NOMEN JURIS DA AÇÃO. IRRELEVÂNCIA. RITO DEFINIDO PELO OBJETO DA PRETENSÃO. ADOÇÃO DE PROCEDIMENTO

28 STJ - EREsp 1218202/MG, julgado de 22/08/2012; STJ - REsp 928.725/DF, julgado de 16/06/2009.

ESPECÍFICO OU MAIS AMPLO AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA. ADEQUAÇÃO.

[...]

4. *A causa de pedir é o ponto nodal para a aferição da legitimidade do Ministério Público para postular o ressarcimento ao erário. Se tal for a falta de pagamento de tributos, o ressarcimento por danos decorrentes de atos ilícitos comuns ou qualquer outro motivo que se enquadre nas atribuições ordinariamente afetas aos órgãos de representação judicial dos entes públicos das três esferas de poder, o Ministério Público não possui legitimidade para promover as respectivas ações. Lado outro, tratando-se da prática de ato de improbidade, ilícito qualificado, ainda que prescritas as respectivas punições, ou outra causa extraordinária, remanesce o interesse e a legitimidade do Parquet para pedir ressarcimento, seja a ação nominada como civil pública, de improbidade ou mesmo indenização.*

[...]

(REsp 1289609/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/11/2014, DJe 02/02/2015)

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO DAS PENALIDADES. *PLEITO DE RESSARCIMENTO. CUMULAÇÃO. DESNECESSIDADE DE AÇÃO AUTÔNOMA. ILEGITIMIDADE AD CAUSAM DO MINISTÉRIO PÚBLICO. INOVAÇÃO.*

1. *Apesar de prescrita a ação civil de improbidade administrativa quanto à aplicação das penalidades, ainda persiste o interesse de obter o ressarcimento do dano ao erário, visto que se trata de ação imprescritível.* 2. *A alegação de que o Ministério Público não tem legitimidade para propor a ação de ressarcimento constitui inovação recursal, vedada no âmbito do regimental.* 3. *Agravo regimental conhecido em parte e não provido.* (AgRg no REsp nº1.287.471, PA, relator o Ministro Castro Meira, DJe de 04.02.2013). (grifei).

Atualmente, costuma-se recuperar os ativos da corrupção, no âmbito civil, com base na responsabilidade civil (ação civil “*ex delicto*”), com requisitos muito distintos do enriquecimento sem causa, em especial a

necessidade de provar o dano, ou se recupera estes ativos a partir da ação de improbidade.

Logo, observa-se que se deve explorar mais o enriquecimento sem causa do direito civil para a restituição do produto da corrupção, principalmente quando o processo penal ou de improbidade não estão disponíveis.

Por exemplo, em caso de morte do réu, pela sistemática da responsabilidade civil derivada do delito, quando *não há prova do dano efetivo ou presumido*, os bens seriam sucedidos pelos familiares do *de cujus*, mas geraria um enriquecimento sem causa deles, daí a importância deste instituto civil, *por não exigir o dano*, mas apenas buscar a restituição de bens acrescidos ilicitamente, não necessariamente para retornar ao “status quo ante”, como na clássica responsabilidade civil.²⁹

Nesse contexto, o enunciado 35 da I Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal, dispensa o empobrecimento da parte lesada em casos de enriquecimento sem causa, no sentido de que “a expressão “se enriquecer à custa de outrem” do art. 884 do novo Código Civil não significa, necessariamente, que deverá haver empobrecimento”. Nesses casos, entende-se que é o titular do direito violado³⁰ o destinatário da restituição pelo enriquecimento sem causa, no caso o Estado, como sujeito passivo das corrupções ativa e passiva.

Ademais, o princípio do enriquecimento sem causa é um forte argumento para a restituição do produto da corrupção, pois não se pode permitir o enriquecimento sem causa às custas de outro, principalmente do Estado, sem justa causa e sem qualquer reprimenda estatal. Ninguém pode se beneficiar da sua própria torpeza. A relação próxima entre o enriquecimento sem causa e a restituição do produto do crime é sustentada com coerência pelo doutrinador espanhol Jorge Vizueta Fernández:³¹

En efecto, el comiso de ganancias y el enriquecimiento sin causa manejado por la doctrina civilista albergan aspectos coincidentes. Ambas figuras se sostienen sobre la idea del enriquecimiento patrimonial. Y aunque en el caso del comiso de ganancias es más limitada la razón de la ganancia –la realización de una conducta antijurídica constitutiva de un ilícito penal doloso, las dos figuras se caracterizan porque el enriquecimiento patrimonial no encuentra justificación en causa alguna que pueda

29 NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. 2. edición, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 213-218.

30 SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 115.

31 FERNANDÉZ, Jorge Vizueta. El comiso de las ganancias provenientes del delito y el de otros bienes equivalentes a éstas. Universidad de Huelva. *Revista Penal*, n. 19, p. 169, 2007.

considerarse justa por el ordenamiento jurídico. Coincide, asimismo, al menos en su esencia, el fin perseguido por el comiso de ganancias y por la figura del enriquecimiento sin causa, evitar o impedir un lucro injusto, con independencia ya de las distintas posturas existentes sobre la motivación, alcance y medida de la restitución.”

No mesmo diapasão, o Ministério Público do Estado de São Paulo sustenta que a Lei de improbidade também é baseada no enriquecimento sem causa:

*a Lei de Improbidade Administrativa veda o enriquecimento sem causa do agente público, nele incluído tanto aquele enriquecimento propriamente ilícito, decorrente de conduta apurada, quanto aquele simplesmente injustificado, assim considerado aquele desproporcional aos vencimentos do agente;*³²

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos, no caso “Dassa Foundation e outros contra Liechtenstein”, de 10 de julho de 2007, concluiu que a restituição do produto da corrupção previsto na legislação de Liechtenstein é legal e comparável com o enriquecimento sem causa do direito civil, sem configurar uma sanção penal, veja:

Tendo em conta todos os fatores relevantes para a aplicação de uma penalidade, o Tribunal conclui que, diante da natureza do confisco nos termos da legislação de Liechtenstein, que *torna comparável a uma de restituição civil do enriquecimento sem causa*, as ordens de apreensão feito contra as fundações de candidatos, com a perda subsequente de seus ativos, não correspondia a uma “sanção”, na acepção do artigo 7º § 1, segunda frase, da Convenção “. (Tradução Livre)³³

Estados Unidos, por exemplo, não criminaliza o enriquecimento ilícito, mas utiliza o instituto civil do enriquecimento sem causa (*unjust enrichment*), fortemente influenciado pelo direito inglês, para recuperar os ativos da corrupção³⁴, que é uma de suas diversas finalidades. Não

32 SALLES, Carlos Alberto de. *Alguns aspectos polêmicos das sanções de improbidade administrativa*. Tese nº 4 aprovada no Plenário do 1º Congresso do Patrimônio Público e Social do Ministério Público do Estado de São Paulo, 2010.

33 Disponível em: <http://www.mpf.gov.br/Accesos/Dcap/doctrina/DASSA_FOUNDATION_AND_OTHERS_v_LIECHTENSTEIN.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2015.

34 Em relatório sobre a “base legal” estadunidense do “unjust enrichment”, afirma-se que “these causes of action are an important tool in the fight against government corruption, and governments, including the United States, are frequent plaintiffs in such cases. See, e.g., United States v. Carter, 217 U.S. 286, 305-09 (1910) (quoted at Resp. Br. 26); United States v. Podell, 572 F.2d 31, 34-35 (2d Cir. 1978); Continental

obstante, os requisitos do enriquecimento sem causa do sistema *common law* sejam diferentes do sistema *civil law*, a essência do instituto é a mesma, tanto é verdade que o princípio básico deste instituto nos Estados Unidos é: “a person who is unjustly enriched at the expense of another is subject to liability in restitution”³⁵. Ou seja, uma pessoa que se enriqueceu injustamente às custas de outro está sujeita à restituição, conceito básico que se aproxima do enriquecimento sem causa do *civil law*.

Ademais, o “unjust enrichment” não necessita do empobrecimento³⁶, harmonizando-se com parte da doutrina civilista del sistema *civil law*. De acordo com livro do Banco Mundial e UNODC, com base no “unjust enrichment”, os tribunais de algumas jurisdições decidiram que o recebimento de subornos proporciona a responsabilidade baseada na falta de honradez, con independência de qualquer prejuízo.³⁷

Com fundamento no “unjust enrichment”, deriva o instituto *constructive trust* presente no *common law*, que busca judicialmente a restituição dos bens para evitar o enriquecimento injusto, instituto com diversos conceitos e aplicável em diversas situações³⁸, como em casos de

-
- Management, Inc. v. United States, 527 F.2d 613, 615-17 (Ct. Cl. 1975) (holding that government can recover the bribe from the briber, instead of the bribee, and collecting cases)”. Rendleman, Doug and Laycock, Douglas, Brief of Reporter and Advisers to Restatement (Third) Restitution and Unjust Enrichment, as Amici Curiae in Support of Respondent (November 17, 2011). Washington & Lee Legal Studies Paper No. 2011-20. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1961261> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1961261>.
- 35 “Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment §1 (2011)”. O projeto de Código Civil Europeu (Draft Common Frame of Reference - DCFR), elaborado por *Study Group on a European Civil Code*, dedica un livro ao enriquecimento injustificado (Unjustified enrichment - Book VII), definindo como regra básica: “a person who obtains an unjustified enrichment which is attributable to another’s disadvantage is obliged to that other to reverse the enrichment”.
- 36 *While the paradigm case of unjust enrichment is one in which the benefit on one side of the transaction corresponds to an observable loss on the other; the consecrated formula “at the expense of another” can also mean “in violation of the other’s legally protected rights,” without the need to show that the claimant has suffered a loss.* Rendleman, Doug and Laycock, Douglas, *Brief of Reporter and Advisers to Restatement (Third) Restitution and Unjust Enrichment, as Amici Curiae in Support of Respondent* (November 17, 2011). Washington & Lee Legal Studies Paper No. 2011-20. Disponible en SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=1961261> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1961261>>.
- “Claims for disgorgement or restitution of profits obtained by illegal or unethical acts are based on the legal and moral principle that no one should benefit from his or her wrong- doing or from illicit or unjust enrichment. Courts may order defendants to pay back illegal profits, even if the victim did not suffer loss or any other disadvantage”. BRUN Jean-Pierre et al, *Asset Recovery Handbook: a guide for practitioners*. BANCO MUNDIAL Y UNODC, 2011. p. 168.
- 37 *Ibidem*.
- 38 “But there is little agreement amongst the judiciary or academic writers as to when a constructive trust will be recognised and why it should be recognised. To make this area of the law even more complicated,

corrupção³⁹, baseado com frequência na equidade, na deslealdade e no rompimento da confiança⁴⁰.

Em um caso prático de *constructive trust*, sucedido entre as décadas de 80 e 90, e visto como *leading case*, a Comissão Independente contra a Corrupção de Hong Kong tratou de recuperar as propriedades compradas em Nova Zelândia pelo então Promotor de Justiça *Warwick Reid* de Hong Kong. As compras ocorreram com as propinas recebidas para não processar certos criminosos. Duas propriedades foram transferidas a *Reid* e sua esposa. No final, o Comitê Judicial do Conselho Privado de Londres determinou a restituição das propriedades, por representarem propinas aceitadas por *Reid*, com a ruptura da confiança conferida pelo Governo de Hong Kong a *Reid*.⁴¹

Desta forma, embora países do sistema *civil law* não tenham expressamente o instituto do “constructive trust”, deve-se reler o instituto civil do enriquecimento sem causa, com base no direito comparado e nas normas internacionais, para permitir a restituição do produto do crime, evitando-se o enriquecimento sem causa às custas do Estado. Ademais, o princípio da confiança legítima dos cidadãos nos atos da Administração Pública, relacionado aos princípios de segurança jurídica e boa fé, é aplicado nos Tribunais do civil law, como Brasil e Espanha, inclusive pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, como um princípio geral de direito comunitário⁴². A corrupção rompe com esta confiança, propiciando eventual ação de restituição por enriquecimento sem causa.

Ora, como não se tolera o enriquecimento sem causa na esfera civil, com muito mais razão não se pode tolerá-lo com relação a fatos corruptos. Como visto no capítulo anterior, Convenções Internacionais autorizam

there is no consistent use of terminology.”

39 “the Constructive Trust Doctrine is now a useful tool for those who seek to prevent the dispersal of corrupt funds and recover the proceeds of corrupt activities, such as bribery.” Puppert masters p. 177

40 <<http://law.jrank.org/pages/5634/Constructive-Trust.html>>. Read more: Constructive Trust - Mistake, Undue Influence, Or Duress, Fraudulent Misrepresentation Or Concealment, Property Obtained By Homicide - Defendant, Plaintiff, Title, and Required - JRank Articles <<http://law.jrank.org/pages/5634/Constructive-Trust.html#ixzz2R4qkx00>>.

41 BRUN Jean-Pierre et al, *Asset Recovery Handbook: a guide for practitioners*, BANCO MUNDIAL e UNODC, 2011. p. 161; WILLEBOIS, Emile van der Does de et al, *The Puppet Masters: How the Corrupt Use Legal Structures to Hide Stolen Assets and What to Do About It*, Banco Mundial e UNODC, p. 177.

42 SOUZA, Márcio Luís Dutra de. artículo *O princípio da boa-fé na administração pública e sua repercussão na invalidação administrativa*. Disponible en: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11785, consultado en: 22 abr. 2013. Em Espanha e em Europa, ver Sentencia del Tribunal Supremo – STS 7176/2012, Sala de lo Contencioso, Sección 6, nº de Recurso: 1657/2010.

a criminalização do enriquecimento ilícito, de modo que há 48 países no mundo que já tipificaram penalmente esse fato.

Assim, se é válida a presunção para a condenação penal ou por ato de improbidade, por muito mais razão é válida a presunção para recuperar os bens ou valores referentes ao acréscimo patrimonial indevido, independente da prova do dano, com fundamento no enriquecimento sem causa proveniente do direito civil.

7 CONCLUSÃO

A sindicância patrimonial é um instrumento que deve ser mais explorado para identificar casos de enriquecimento ilícito pelos servidores, tendo em vista a dificuldade em provar os atos de corrupção que geraram tal enriquecimento.

Caso seja identificada a evolução patrimonial incompatível com seus rendimentos ou de seus familiares próximos, cabe ao investigado provar a origem lícita desses bens, sob pena de se presumir sua ilicitude, permitindo a demissão por ato de improbidade (art. 132, IV, da Lei 8.112/90, c.c. art. 9º, inciso VII, da Lei 8.429/1992).

Além da referida responsabilidade administrativa, cabe o ajuizamento de ação de improbidade fundamentada na inexplicável evolução patrimonial (art. 9º, inciso VII, da Lei 8.429/1992), independentemente da prova do ato de improbidade que gerou tal evolução patrimonial, tendo em vista a presunção legal sobre a origem ilícita dos bens decorrente do dever dos agentes públicos prestarem contas sobre evoluções patrimoniais incompatíveis.

Ademais, é fundamental que todos os bens acrescidos ilicitamente sejam restituídos à Administração Pública, ainda que não se prove dano ao erário, seja por meio da ação de improbidade, seja por meio de ação de restituição de valor por enriquecimento sem causa, para evitar o enriquecimento ilícito de agentes corruptos às custas do Estado.

REFERÊNCIAS

BRUN Jean-Pierre et al. *Asset Recovery Handbook: a guide for practitioners*. Banco Mundial e UNODC, 2011.

CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: RT, 2006.

CANOVAS, Alejandro Luzon. *Delincuencia económica y cooperación institucional*. Madrid: Civitas, 2010.

CAPARRÓS, Eduardo A. Fabián. *El derecho penal y la política criminal frente a la corrupción*. Universidad de Salamanca, 2012.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, *Manual de Processo Administrativo Disciplinar*. Brasília, 2013.

COPOLA, Gina. *A improbidade administrativa no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Forum, 2011.

CORDERO, Isidoro Blanco. Recuperación de activos de la corrupción mediante el decomiso sin condena (comiso civil o extinción de dominio). In: CAPARRÓS, Eduardo A. Fabián. *El derecho penal y la política criminal frente a la corrupción*. Universidad de Salamanca, 2012. p. 339-340.

GREENBERG, Theodore S., et al. *Recuperación de activos robados*: Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena. Banco Mundial y UNODC, 2009.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa e crimes de prefeito, comentários, artigo por artigo, da Lei nº 8.429/92 e do DL 201/67*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERNANDEZ, Francisco Jiménez-Villarejo. Novedades legislativas en materia de decomiso y recuperación de activos. *Revista de Derecho Penal*, Disponible en: <http://www.reformapenal.es/wp-content/uploads/2012/01/Penal34_NovLegislativas.pdf>. Consultado en: 30 maio 2013.

FERNANDÉZ, Jorge Vizueta. El comiso de las ganancias provenientes del delito y el de otros bienes equivalentes a éstas. Universidad de Huelva. *Revista Penal*, n. 19, 2007.

FILHO, Marino Pazzaglini et al. *Improbidade Administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

GAFI. *Documento de Mejores Prácticas: decomiso* (Recomendaciones 3 y 38). Aprobada por el pleno del GAFI en febrero de 2010.

HOUSE OF COMMONS. *European Scrutiny Committee. Sixth report of session 2012-13: documents considered by the Committee on 27 de June de 2012*.

JÚNIOR, Wallace Paiva Martins. *Probidade Administrativa*. São Paulo: 2. ed. Saraiva, 2001.

KROETZ, Maria Candida do Amaral. *Enriquecimento sem causa no direito civil brasileiro contemporâneo e recomposição patrimonial*. Tesis de Doctorado en Derecho. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005.

MARQUES, Silvio Antonio. *Improbidade Administrativa: ação civil e cooperação jurídica internacional*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O Limite da Improbidade Administrativa*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MUZILA, Lindy et al. *On th take: criminalizing illicit enrichment to fight corruption*. Banco Mundial y UNODC, 2012.

NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NEIVA, José Antonio Lisboa. *Improbidade Administrativa: legislação comentada artigo por artigo: doutrina, legislação e jurisprudência*. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: From, 2009.

OSORIO, Fabio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa*. São Paulo: RT, 2007.

SALLES, Carlos Alberto de. *Alguns aspectos polêmicos das sanções de improbidade administrativa*. Tesis nº 4 aprobada en Plenario del 1º Congresso do Patrimônio Público e Social do Ministério Público do Estado de São Paulo, 2010.

SERVIGÓN, César Augusto Nakazaki. Problema de aplicación del tipo penal de enriquecimiento ilícito: desconocimiento de su naturaleza subsidiaria, Ius et Praxis. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima*, nº 33, Universidad de Lima, Fondo de Desarrollo Editorial, Enero-Diciembre, 2002.

SOBRANE, Sérgio Turra. *Improbidade administrativa: aspectos materiais, dimensão difusa, e coisa julgada*. São Paulo: Atlas, 2010.

SOUZA, Márcio Luís Dutra de. *O princípio da boa-fé na administração pública e sua repercussão na invalidação administrativa*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11785>. Acesso em: 22 abr. 2013.

STESSENS, Guy. *Money Laundering. A new international law enforcement model*. Londres: Cambridge University Press, 2000.

UNODC. *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*. Segunda edición revisada. Nueva York: Naciones Unidas, 2012.

_____. *Guía Técnica de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*. Nueva York: Naciones Unidas, 2010.

ZANETI, Paulo Rogério. *Flexibilização das regras sobre o ônus da prova*. São Paulo: Malheiros, 2011.

CORRUPÇÃO, LEGALISMO E IMPUNIDADE NO BRASIL: REFLEXÕES ACERCA DA FUNÇÃO PREVENTIVA DA AGU

*CORRUPTION, STRICT LEGALISM AND IMPUNITY IN BRAZIL.
COMMENTS ON THE PREVENTIVE ROLE PLAYED BY THE FEDERAL
ATTORNEY GENERAL OFFICE*

*Marina Camargo Aranha Lima
Mestre em Direito do Estado (USP)
Advogada da União e Coordenadora de Atuação Proativa (PRU/3ª Região)*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A corrupção como um problema global; 2 Legalismo e impunidade no Brasil: natureza sistêmica da corrupção como obstáculo à efetivação do Estado Democrático de Direito; 3 Formas de enfrentamento à corrupção e a mudança de paradigma legal e institucional no Brasil; 4 Reflexões acerca da função preventiva da AGU no combate à corrupção: possibilidades e obstáculos; 5 Considerações finais; Referências.

RESUMO: O artigo parte da análise da corrupção como um problema global para refletir acerca da dimensão estruturante do problema enfrentado no Brasil. Apresenta, então, a conexão entre legalismo e impunidade, com base teórica na análise realizada pelo Professor Marcelo Neves sobre esta relação paradoxal existente no Brasil. Sob o pressuposto teórico da teoria dos sistemas, o artigo pontua a importância da atuação efetiva no combate à corrupção, ressaltando a necessidade de desconstrução dessa conexão entre legalismo e impunidade, como pressuposto para a construção de uma sociedade menos desigual, para o fortalecimento das instituições e procedimentos do sistema jurídico e político, ambos necessários a concretização do Estado Democrático de Direito. Neste cenário, o artigo reflete criticamente sobre o papel preventivo da Advocacia Geral da União, abordando aspectos de elaboração normativa, função consultiva-administrativa e função contenciosa.

PALAVRAS-CHAVE: Corrupção. Impunidade. Legalismo. Teoria Dos Sistemas. Marcelo Neves. Estado Democrático de Direito. Ação Preventiva da Advocacia Geral da União. Elaboração Normativa. Função Consultiva. Função Contenciosa.

ABSTRACT: This essay first indicates corruption as a global phenomenon and offers a reflection on the structural problem that exists in Brazil. It indicates a connection between strict legalism and impunity based on a theoretical framework in which Professor Marcelo Neves has previously pointed out a paradoxical relationship between these two concepts. Taking the system theory as an initial assumption the essay defends the effective fight against corruption stating the importance of the deconstruction of the relation between strict legalism and impunity. This is a presupposition that has to be considered in order to develop a less unequal society and to strengthen our institutions as well as political and legal systems. The referred deconstruction would be also very significant to improve the Brazilian Democratic Constitutional Estate. In this scenario this paper proposes a critical reflection on the preventive role played by the Federal Attorney General Office (*Advocacia Geral da União – AGU*), approaching different aspects as normative elaboration techniques, administrative-advisory function and public litigation.

KEYWORDS: Corruption. Impunity. Strict Legalism. System Theory. Marcelo Neves. Democratic Constitutional Estate. Preventive Role Played by The Federal Attorney General Office (*Advocacia Geral Da União – AGU*). Normative Elaboration Techniques. Administrative-Advisory Function. Public Litigation.

INTRODUÇÃO

O conteúdo deste texto foi originalmente estruturado para apresentação no painel “*A relevância do advogado público no controle preventivo à corrupção*”¹, do V Congresso da Advocacia Pública, idealizado pela Comissão da Advocacia Pública da Seccional paulista da Ordem dos Advogados do Brasil, realizado em 25 de novembro de 2016, na Sede Cultural da OAB-SP².

Na ocasião, considerei importante expor as possibilidades e dificuldades enfrentadas pela advocacia pública no combate preventivo à corrupção, a partir das experiências vivenciadas como Coordenadora de Atuação Proativa da Procuradoria Regional da União na 3ª Região e, anteriormente, como assessora da Secretaria de Governo da Presidência da República e como Coordenadora-Geral de Matéria Administrativa na Consultoria Jurídica do Ministério da Integração Nacional.

Sob esta perspectiva, me parece necessário enfrentar a questão da efetividade da atuação do advogado público na prevenção e no combate à corrupção. Isso demanda, por um lado, reflexões acerca da necessidade e dificuldade do desenvolvimento de uma cultura proativa, tanto na atuação consultiva quanto na atuação contenciosa. Consultivamente, porque a elaboração de pareceres, por muitas vezes, não resolve o problema jurídico a ser enfrentado, tampouco abrange a complexidade de fatores, inclusive políticos, envolvidos na questão. Contenciosamente, porque a atuação instrutória e propositiva de ações de improbidade e ressarcimento demanda atuação diversa da reativa, mais familiar e tradicional à advocacia pública, exigindo características específicas de seus membros.

Por outro lado, demanda a compreensão da existência de um “cliente” real (o Estado e as políticas públicas estatais legitimamente selecionadas pelo governo eleito), com demandas reais, que precisam de soluções jurídicas legais e efetivas para os problemas enfrentados no dia-a-dia da gestão pública. Este aspecto nos aproxima da função apaixonante da Advocacia Pública de assessoramento jurídico para efetivação de políticas públicas e, ao mesmo tempo, da possibilidade de efetivamente prevenir a ocorrência da corrupção no dia-a-dia de nossa atuação.

É claro que essa atuação depende de previsões legais compatíveis com o exercício da função e de condições materiais adequadas (estrutura e local de trabalho, desenvolvimento de sistemas, quantidade de servidores e de advogados, etc.). Abordei-as um pouco, mais como pressupostos e

1 Agradecer o convite especialmente à Dra. Nilma de Castro Abe, assim como aos demais envolvidos na realização do evento.

2 Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/noticias/2016/11/v-congresso-da-advocacia-publica-debate-papel-do-profissional-na-sociedade-2>>.

obstáculos aos objetivos do que como causa ou finalidade em si da função institucional da AGU.

Passado o evento, entretanto, foi possível conciliar a demanda pela divulgação do conteúdo do painel juntamente com o convite para compor a presente obra. Achei que a oportunidade justificaria a apresentação de dados relativos à corrupção no Brasil e no mundo, assim como do panorama de mudança de paradigma legal e institucional pelo qual passou o Brasil nos últimos 15 anos no cenário de enfrentamento à corrupção.

O espaço comporta também um aprofundamento teórico acerca da dimensão, não apenas quantitativa, do fenômeno da corrupção no Brasil. Nesse sentido, apresento a análise desenvolvida pelo professor Marcelo Neves, acerca da paradoxal relação entre legalismo e impunidade em nosso país. Esta relação generalizada causa efeitos nocivos à construção da autonomia dos sistemas jurídicos e políticos, assim como nas relações sociais, fomentando a desigualdade, impedindo a efetivação da cidadania de forma generalizada e obstaculizando a efetivação do Estado Democrático de Direito.

Esta perspectiva nos permite propor que a atuação efetiva no combate à corrupção e na desconstrução dessa conexão entre legalismo e impunidade se mostra pressuposto para a construção de uma sociedade menos desigual e para o fortalecimento das instituições e procedimentos do sistema jurídico e político, ambos necessários a concretização do Estado Democrático de Direito.

Pretende-se, portanto, apresentar uma reflexão crítica acerca da função da advocacia pública no combate preventivo à corrupção, analisando suas possibilidades e obstáculos, sem perder de vista a reflexão acerca da função institucional da própria AGU. Esta abordagem é desenvolvida sob a perspectiva das atribuições da carreira nos processos de elaboração normativa e de atuação consultiva e contenciosa, considerando os dados e cenários brasileiros e os pressupostos teóricos já esclarecidos nesta introdução.

1 A CORRUPÇÃO COMO UM PROBLEMA GLOBAL

A corrupção não é um problema enfrentado apenas pelo Estado brasileiro, apesar do protagonismo que vem tomando na definição do cenário político e no desenho de nossas instituições nos últimos anos.

Conforme artigo publicado pelo Instituto Alvorada³ diversas pesquisas hoje já demonstram que a corrupção é um problema global que afeta a todos os países do mundo, comprometendo a efetividade das políticas

3 ALVORADA, Instituto. *Transparência e combate à corrupção nos Governos Lula e Dilma*. 2014. Disponível em: <<http://institutoalvorada.org/transparencia-e-combate-a-corrupcao-nos-governos-lula-e-dilma/>>. Acesso em: 29 nov. 2016.

públicas e o crescimento econômico, atentando contra a democracia e a legitimidade das instituições.

O primeiro *Relatório Anticorrupção da União Europeia*⁴, publicado em 3 de fevereiro de 2014, atesta que a corrupção continua a ser um problema na Europa, afetando a todos os seus Estados-Membros e custando à economia do grupo cerca de 120 bilhões de euros por ano. Apesar de os Estados-Membros terem realizados diversas iniciativas, conclui o relatório que os resultados são desiguais e que é preciso fazer mais para prevenir e punir a corrupção.

A transparência internacional apresenta anualmente uma avaliação dos países a partir do índice de percepção da corrupção, avaliação realizada desde 1995. Este índice varia em uma escala de 0 a 100, sendo a nota 0 concedida aos países “extremamente corruptos” e a nota 100 aos países “muito transparentes”. Nos resultados de 2015⁵, com avaliação de 175 países, 114 países pontuaram abaixo de 50, indicando, segundo a transparência internacional, que 68% dos países do mundo tem um sério nível de corrupção no setor público. Metade do G20 e todo o grupo dos Brics encontra-se com nota inferior a 50 (África do Sul com 44 pontos, Brasil e Índia com 38 pontos, China com 37 pontos e Rússia com 29 pontos).

Sob esta perspectiva, mais de 6 bilhões de pessoas vivem em países com sérios problemas de corrupção e mais pobres perdem mais de 1 trilhão ao ano para a corrupção. Nenhum país foi considerado livre da corrupção, apesar dos primeiros colocados terem alcançado altas pontuações: Dinamarca (91 pontos), Finlândia (90 pontos), Suécia (89 pontos), Nova Zelândia (88 pontos), Holanda (87 pontos) e Noruega (87 pontos).

O Brasil encontra-se no 76º lugar (38 pontos), empatado com Bósnia e Herzegovina, Burkina Faso, Índia, Tailândia, Tunísia e Zâmbia. Na América do Sul, o Uruguai aparece como o país mais transparente no 21º lugar, com 74 pontos, seguido pelo Chile em 23º lugar com 70 pontos. A Venezuela aparece na pior posição, 158º, com 17 pontos.

Apesar de os Estados Unidos encontrarem-se em 16º lugar (76 pontos), o problema da corrupção também atinge o país. Conforme análise realizada pela plataforma Gallup⁶ em 2015, três em cada quatro americanos (75%) no ano de 2014 teve a percepção de que a corrupção estava disseminada no governo de seu país.

4 EUROPEAN COMMISSION, Report from the Commission to the Council and the European Parliament. *EU Anti-Corruption Report*. 3 de fevereiro de 2014. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/anti-corruption-report>>. Acesso em: 29 nov. 2016.

5 TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Corruption Perceptions Index 2015*. Disponível em: <<http://www.transparency.org/cpi2015>>. Acesso em: 29 nov. 2016.

6 GALLUP, *Corruption Perceptions Index 2015*. Disponível em: <<http://www.transparency.org/cpi2015>>. Acesso em: 29 nov. 2016.

Ademais, a corrupção não se restringe ao campo governamental. Em que pese no Brasil não estejamos acostumados com reportagens sobre casos de corrupção no setor privado⁷, acabamos por ter notícia por outros meios, como as repercussões de investigações, por exemplo, do Departamento de Estado dos Estados Unidos. O recente escândalo de corrupção envolvendo a FIFA é emblemático. O caso revelou o pagamento de propina aos representantes da FIFA por parte de executivos de marketing para obter direito de comercialização de mídia e marketing de diversas competições esportivas⁸.

2 LEGALISMO E IMPUNIDADE NO BRASIL: NATUREZA SISTÊMICA DA CORRUPÇÃO COMO OBSTÁCULO À EFETIVAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

No Brasil, é difícil encontrar dados estimados do prejuízo decorrente da corrupção. Apesar de potencialmente questionável, estudo realizado pelo Departamento de Competitividade e Tecnologia da Fiesp, em 2008, aponta que o custo médio anual da corrupção no Brasil representa valor em torno de 1,38% a 2,3% do Produto Interno Bruto (PIB), correspondente a R\$41,5 bilhões e R\$69 bilhões de reais por ano (valores de 2008)⁹ ou de R\$81,42 bilhões e R\$135,7 bilhões de reais por ano (considerando o valor do PIB de R\$5,9 trilhões de reais em 2015).

Cotejado com os dados internacionais, nos parece que a especificidade do problema da corrupção enfrentada pelo Brasil não é apenas numérica. Além de quantitativamente relevante, a corrupção tem tendência à generalização, comprometendo de forma sistemática o funcionamento dos sistemas jurídicos e políticos¹⁰. Neste sentido, a corrupção não se constitui em meros bloqueios eventuais da reprodução dos sistemas jurídicos e políticos, mas no comprometimento generalizado da autonomia operacional

7 Recentemente, foi publicado pelo jornal Folha de São Paulo notícia de apuração interna de corrupção em um conhecido estabelecimento privado de saúde de São Paulo: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/09/1812723-cupula-da-cardiologia-do-einstein-cai-por-suposto-elo-com-fornecedor.shtml>>.

8 Os registros do caso foram feitos por inúmeros meios de comunicação e constam inclusive no wikipedia <https://pt.wikipedia.org/wiki/Caso_de_corrup%C3%A7%C3%A3o_na_FIFA_em_2015>.

9 DECOMTEC, Relatório Corrupção: custos econômicos e propostas de combate. 2010, p. 26. Disponível em: <www.fiesp.com.br/arquivo-download/?id=2021>. Acesso em: 29 nov. 2016.

10 *"A partir da sociedade envolvente, os sistemas jurídicos e políticos são bloqueados generalizadamente na sua autoprodução consistente por injunções heterônomas de outros códigos e critérios sistêmicos, assim como pelos particularismos difusos que persistem na ausência de uma esfera pública pluralista. No interior do Estado, por sua vez, verificam-se intrusões destrutivas do poder na esfera do direito."* NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 239.

destes sistemas¹¹. Isto impede que os sistemas jurídico e o político exerçam suas funções de forma satisfatória, prejudicando a própria efetivação do Estado Democrático de Direito.

Na esfera política (de decisões coletivamente vinculantes ou da generalização de influências), temos bloqueios impróprios a procedimentos eleitorais e legislativos, como explica o professor Marcelo Neves:

Mas o problema não se restringe à ‘violação’ de Têmis pela sociedade desestruturada em virtude da insuficiente diferenciação funcional e da carência de uma esfera pública fundada na universalização da cidadania, mas abrange também mecanismos sociais destrutivos da autonomia operacional da política. São relevantes aqui as invasões dos procedimentos eleitorais e legislativos pelo código econômico ou por particularismos relacionais. Repetindo o que afirmei em relação ao direito, não se trata aqui de abertura cognitiva do sistema político para exigência da economia e para os valores, as expectativas e os interesses presentes na esfera pública, mas antes de quebra do fechamento operacional da política, pressuposto sistêmico para a sua abertura em face de um ambiente social supercomplexo. Sobretudo nos casos graves e generalizados de corrupção e fraude eleitoral, o fenômeno manifesta-se mais claramente. Muitas vezes, o procedimento é de tal maneira deturpado, que se transforma em um mero ritual: não há incertezas quanto aos resultados. A eleição afasta-se assim radicalmente do seu modelo constitucional e legal. O Código ‘lícito/ilícito’ não funciona eficientemente como segundo código da política. Isso implica deficiente legitimação pelo procedimento. O que se impõe nesse conteso são ‘apoios’ particularistas como mecanismos supridores da falta de legitimação (generalizada) do Estado como organização. Bloqueados os procedimentos políticos do Estado Democrático de Direito, o Leviatã se vê perdido diante da complexidade social, recorrendo a formas ad hoc de sustentação política.”¹²

Temos, portanto, no Brasil, uma realidade em que benefícios econômicos (dinheiro), interesses políticos (poder) e relações pessoais determinam resultados de operações típicas do sistema político, como procedimentos eleitorais e legislativos. Para piorar, estas “interferências” ocorrem de forma generalizada, prejudicando o regular funcionamento

11 *A chamada “corrupção sistêmica” tem tendência à generalização em experiências jurídicas típicas da modernidade periférica, atingindo o próprio princípio da diferenciação funcional e resultando na alopoiese do direito*, NEVES, op. cit., p. 241.

12 *Ibidem*, p. 242.

dos procedimentos políticos e impedindo a concretização do Estado Democrático de Direito.

No sistema jurídico, verifica-se também uma incapacidade de prevalência do código “lícito/ilícito” e uma interferência generalizada de fatores econômicos e relacionais nos procedimentos tipicamente jurídicos - jurisdicionais e administrativos -, o que impede a definição clara das fronteiras de uma esfera de juridicidade.

Os mecanismos jurídicos se mostram fragilizados perante conformações concretas de poder, conjunturas econômicas específicas e códigos relacionais: “*Nessas circunstâncias, os procedimentos predominantemente jurídicos do Estado Democráticos de Direito, tais como o jurisdicional e o administrativo de estrita execução da lei, sobretudo o policial, são invadidos por critérios extrajurídicos que de forma incontrolável corrompem o processamento de casos jurídicos de acordo com critérios generalizados de constitucionalidade e legalidade, concretizados jurisdicional e administrativamente.*”¹³

Isto gera uma deturpação no processo de concretização do direito, impedindo a efetivação da legalidade como generalização igualitária de conteúdos jurídicos. Como fundamenta o professor Marcelo Neves, isso gera formas unilaterais de legalismo e impunidade em uma relação paradoxal de complementariedade:

Não só a preferência ‘ter/não-ter’ atua no sentido de impedir a reprodução sistemicamente autoconsistente do direito. De fato, em decorrência dos grandes abismos de rendimento entre as camadas sociais, o código econômico reproduz-se hipertroficamente, implicando privilégios e ‘exclusões’ ilegais. Porém, relacionados com essa hipertrofia (e, ao mesmo tempo, ineficiência social) da economia, mecanismos relacionais, familiares, referentes à amizade e ao poder privatizado sobrepõem-se difusamente ao direito, heteronomizando-lhe a reprodução operativa e corrompendo-lhe a autonomia sistêmica.¹⁴

A instrumentalização política, econômica e relacional de mecanismos jurídicos está também na origem do desrespeito do modelo procedimental previsto no texto da constituição. Este cenário está associado à persistência de privilégios e exclusões, que confirmam o fenômeno da impunidade e do legalismo, obstaculizando a construção de uma esfera pública universalista como espaço de comunicação de cidadãos iguais¹⁵.

13 NEVES, op. cit., p. 240.

14 Ibidem, p. 239/240.

15 Ibidem, p. 244/258.

Importante remarcar a relevância que a relação de “impunidade” *versus* “legalismo” na origem da realização do Estado Democrático de Direito, integrando-se no desenho da corrupção dos sistemas político e jurídico. Segundo Marcelo Neves, “*um dos obstáculos que mais dificultam a realização do Estado Democrático de Direito na modernidade periférica, destacadamente no Brasil, é a generalização de relações de subintegração e sobreintegração*”¹⁶.

A relação de “subintegrados” e “sobreintegrados” está na origem da relação de legalismo e impunidade existente no Brasil¹⁷. A inclusão generalizada dos cidadãos ao sistema jurídico pressupõe acesso e dependência a direitos e deveres compartilhados socialmente. Isso significa, por um lado, acesso e condições reais de exercício dos direitos fundamentais constitucionalmente declarados (acesso a direitos – benefícios do sistema jurídico). Por outro, submissão aos deveres e responsabilidades impostas pelo aparelho coercitivo estatal (dependência de deveres – restrições do sistema jurídico).

No Brasil, entretanto, verifica-se que uma parcela da sociedade não tem acesso ou condições reais de exercer os direitos fundamentais, como moradia, saúde, educação. Complementarmente, esta mesma parcela da sociedade é submetida radicalmente às estruturas punitivas do Estado. Ou seja, ao mesmo tempo em que este grupo social não tem real acesso aos direitos, eles não estão livres dos deveres e responsabilidades. Trata-se, nos termos de Marcelo Neves, dos “subintegrados”, para os quais “*generalizam-se situações em que não têm acesso aos benefícios do ordenamento jurídico estatal, mas dependem de suas prescrições impositivas.*”¹⁸

Para os “subintegrados”, o direito tem relevância quase que exclusivamente em seus efeitos restritivos à liberdade. Isso significa, que aqueles que pertencem a essas camadas sociais “marginalizadas” são integrados ao sistema jurídico, em regra, como devedores, indiciados, denunciados, réus, condenados etc.

Mas a “subintegração” é inseparável da “sobreintegração”¹⁹. Do outro lado da sociedade desigual brasileira, existe um grupo de “privilegiados” que

16 NEVES, op. cit., p. 248.

17 Ibidem, p. 248/254.

18 Ibidem, p. 248.

19 “*No âmbito da sociedade mundial supercomplexa do presente, ninguém é absolutamente subintegrado ou sobreintegrado, pois as posições correspondentes não se baseiam em princípios ou normas firmes como nas sociedades pré-modernas, mas dependem de condições fáticas da reprodução das comunicações. Mas há indivíduos da população que se apresentam regularmente em um dos pólos das relações de subintegração e sobreintegração. [...] Além do mais, não se pode excluir uma esfera pública restrita de cidadãos, que se encontram regularmente em situações de integração simétrica na ordem jurídica [...] No entanto, a generalização de relações de subintegração e sobreintegração fazem implodir a Constituição como ordem básica da comunicação jurídica e também como acoplamento estrutural entre política e direito.*” NEVES, op. cit., 251.

são, em regra, titulares de direitos, competências, poderes e prerrogativas, mas não se subordinam regularmente à atividade punitiva do Estado no que se refere aos deveres e responsabilidades. Nas palavras de Marcelo Neves, “*sua postura em relação à ordem jurídica é eminentemente instrumental: usam, desusam ou abusam-na conforme as constelações concretas e particularistas dos seus interesses.*”²⁰ Esta parcela privilegiada da sociedade é chamada de “sobreintegrados”.

No âmbito do direito, a relação de “subintegrados” e “sobreintegrados” é assim sumarizada pelo professor:

No âmbito do direito, isso significa que os sobreintegrados *têm acesso aos direitos* (e, portanto, às vias e garantias jurídicas), sem se vincularem efetivamente aos deveres e às responsabilidades impostas pelo sistema jurídico; os subintegrados, ao contrário, não dispõem de acesso aos direitos e às vias e garantias jurídicas, embora permaneçam rigorosamente subordinados aos deveres, às responsabilidades e às penas restritivas de liberdade.

Sob esta perspectiva, os tanto os “subcidadãos” quanto os “sobrecidadãos” são carentes de cidadania, como mecanismo político-jurídico de inclusão social, que pressupõe igualdade não apenas em relação aos direitos, mas também a respeito dos deveres, envolvendo uma relação sinalagmática de direitos e deveres fundamentais generalizados.

A dimensão jurídica da relação “subintegrados” e “sobreintegrados” está socialmente conectada à relação de impunidade e legalismo a qual queríamos chegar. Isto porque, a efetivação da dimensão restritiva dos direitos ao “subintegrados” vem marcada por um fetichismo legal socialmente irresponsável. Ou seja, a interpretação legalista é normalmente aplicada àqueles que não se encontram em condições de exercer seus direitos, mesmo que estes sejam garantidos legal ou constitucionalmente. O legalismo, nesta perspectiva, não se confunde com aplicação rigorosa do princípio da legalidade²¹. Trata-se de legalismo unilateral, que considera esses grupos de pessoas apenas quando entram em contato com o sistema a seu desfavor, ou seja, como culpados, réus, condenados, presos.

Na outra ponta, a relação entre direito e realidade social é marcada pela impunidade. Com frequência, ilícitos dos mais diversos, especialmente na área criminal, não são seguidos das sanções preestabelecidas juridicamente.

20 NEVES, op. cit., p. 250.

21 Como explica Marcelo Neves, o princípio da legalidade “*exige a generalização da lei, importando o acesso de todos os cidadãos ao direito. O fetichismo da lei no Brasil é unilateralista, funciona como mecanismo de discriminação social.*” NEVES, op. cit., p. 254.

Nos últimos anos o Brasil vivenciou as primeiras condenações de políticos e de empresários pelo sistema jurisdicional em toda a história do país, o que poderá ser analisado como um primeiro avanço no sentido de combate dessa impunidade unilateral. Entretanto, ainda nos parece cedo para fazer análise neste sentido, tendo em vista a impossibilidade de se verificar a dimensão de generalização ou não, assim como de se ponderar os impactos dos abusos jurídicos e midiáticos envolvidos.

Permanece, portanto, a coexistência de impunidade e legalismo, que pode parecer contraditória num primeiro momento. Mas a unilateralidade tanto do legalismo quanto da impunidade afasta a contradição aparente e revela uma complementariedade. Isto porque, como propõe Marcelo Neves, enquanto a inflexibilidade legalista dirige-se primariamente aos “subintegrados”, a impunidade está vinculada ao mundo de privilégios dos “sobreintegrados” juridicamente. A impunidade, neste sentido, depende do legalismo. E essa conexão paradoxal condena o próprio Estado Democrático de Direito: *a conexão entre legalismo e impunidade obstaculiza a estruturação de uma esfera pública de legalidade e, portanto, a realização do Estado Democrático de Direito.*²²

A corrupção no Brasil está diretamente conectada com a relação entre “impunidade/legalismo”. Temos um sistema jurídico que por um lado alimenta a relação de desigualdade de condições entre os subintegrados e sobreintegrados, e que por outro se constrói baseado em relações desiguais de legalismo e impunidade. Por outro lado, temos um sistema jurídico marcado por influências econômicas e relacionais, cuja lógica se beneficia desta relação de sobreintegração e impunidade. Socialmente, a corrupção marcada por esta relação de impunidade/legalismo, obsta a construção de uma cidadania efetiva (como mecanismo de integração jurídico-política igualitária da população na sociedade) e fragiliza o próprio Estado Democrático de Direito.

Portanto, além de quantitativamente relevante, a natureza sistêmica da corrupção condena as instituições e os procedimentos básicos dos sistemas político e jurídico, alimenta relações de desigualdade social, impede a efetivação da cidadania de forma generalizada e obstaculiza a efetivação do Estado Democrático de Direito. Neste sentido, a atuação efetiva no combate à corrupção e na desconstrução dessa conexão entre legalismo e impunidade se mostra pressuposto para a construção de uma sociedade menos desigual, para o fortalecimento das instituições e procedimentos do sistema jurídico e político, ambos necessários a concretização do Estado Democrático de Direito.

22 NEVES, op. cit., p. 255.

3 FORMAS DE ENFRENTAMENTO À CORRUPÇÃO E A MUDANÇA DE PARADIGMA LEGAL E INSTITUCIONAL NO BRASIL

Vários são os mecanismos utilizados para o enfrentamento da corrupção. No citado Relatório Anticorrupção da União Europeia²³, fala-se em mecanismos de controle através de políticas de prevenção (*designadamente, normas de ética, normas sobre conflitos de interesse, medidas de sensibilização, mecanismos de controlo interno e externo e acesso fácil a informações de interesse público*), assim como combate através de ações judiciais e sanções (com diferentes níveis de eficácia das leis processuais e penais).

O relatório aborda também a dimensão política do enfrentamento, com a fragilidade dos códigos de ética aplicáveis a partidos políticos e assembleias eleitas e deficiências nas normas de financiamento dos partidos políticos.

O relatório inclui um capítulo especial sobre contratos públicos, que, segundo a perspectiva apresentada pela imprensa da União Europeia, *“trata-se de um domínio de grande importância para a economia da União Europeia, dado que cerca de um quinto do PIB da EU é gasto anualmente por entidades públicas na aquisição de bens, obras e serviços. É também um domínio vulnerável à corrupção.”*²⁴

Segundo a transparência internacional²⁵, os países menos corruptos do mundo apresentam características comuns, como o alto nível de liberdade de imprensa, acesso à informação sobre orçamentos, altos níveis de integridade entre os cargos públicos e um Poder Judiciário independente. Já os mais corruptos, além de conflitos e guerras, se destacam pela governabilidade deficiente, por instituições públicas frágeis, como a polícia e o Poder Judiciário, e pela falta de independência nos meios de comunicação.

A própria Transparência Internacional relacionou, em 2014, como maiores desafios para o combate à corrupção no Brasil: (i) a corrupção no governo e nos partidos (partidos políticos e o Poder Legislativo são percebidas como as instituições mais afetadas pela corrupção); (ii) o setor privado, submetido a agências regulatórias, que aumentam a propensão a tentativas de suborno; (iii) o financiamento de campanhas políticas; (iv) a corrupção no níveis estadual e municipal; (v) contratações para grandes obras públicas. Em sua análise de 2015, pontua, entretanto uma tendência

23 EUROPEAN COMMISSION, op. cit. (2014).

24 COMISSÃO EUROPEIA. Comunicado de Imprensa “Comissão apresenta primeiro Relatório Anticorrupção da EU.” 22 de outubro de 2015. Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-86_pt.htm>. Acesso em: 29 nov. 2016.

25 TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Corruption Perceptions Index 2015*. Disponível em: <<http://www.transparency.org/cpi2015>>. Acesso em: 29 nov. 2016.

positiva relacionada ao Brasil, apesar da queda de 5 pontos em relação ao ano anterior:

We've witnessed two remarkable trends in the *Americas* in 2015: the uncovering of grand corruption networks and the mass mobilisation of citizens against corruption," says Alejandro Salas, Transparency International Director for the Americas. "The Petrobras and La Línea scandals are testament to these trends in the two biggest regional decliners: Brazil and Guatemala. The challenge now is to tackle the underlying causes and reduce impunity for corruption."²⁶

Apesar do quadro delicado que se apresenta no cenário brasileiro, é preciso considerar os inúmeros avanços que foram realizados especialmente nos últimos 15 anos, tanto em termos de políticas preventivas quanto através de ações judiciais e sanções, com uma progressiva evolução legal e institucional.

Institucionalmente, houve relevantes mudanças na Polícia Federal, na Controladoria-Geral da União (atual Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União), no Ministério Público Federal - com garantia de ampla autonomia e nomeação do Procurador-Geral respeitando a lista tríplice apresentada pela categoria -, na Receita Federal - com aumento na eficiência das fiscalizações e a realização de sindicâncias patrimoniais dos auditores da Receita -, e na Advocacia Geral da União - com atuação no combate à corrupção e ressarcimento ao erário de verbas federais desviadas-, além de aprimoramentos na atuação do COAF - no monitoramento de movimentações atípicas que possam configurar lavagem de dinheiro ou corrupção e enriquecimento ilícito de agentes públicos -, e reestruturação do CADE - com fortalecimento da atuação no combate a carteis.

Estas alterações aumentaram a capacidade institucional desses órgãos no enfrentamento preventivo da corrupção. Podemos citar alguns dados nesse sentido. No que se refere à polícia federal, só em 2012, foram criadas 17 delegacias especializadas em combate à corrupção e desvio de dinheiro), além de maior liberdade de atuação, reforço de pessoal, material e financeiro.

Houve também um grande aprimoramento dos órgãos de controle. Conforme bem explicado em artigo do Instituto Alvorada²⁷:

Com a criação da Controladoria-Geral da União (CGU), em 2003, o Governo Federal foi dotado de um órgão estruturado e permanente de fiscalização, com auditores qualificados e técnicas modernas de

²⁶ TRANSPARENCY INTERNATIONAL, op. cit. (2016).

²⁷ ALVORADA, op. cit. 2014.

controle. Até então o que existia era a Corregedoria-Geral da União, órgão criado em 2001, penúltimo dos oito anos do governo FHC, pela Medida Provisória nº 2.143-31, em resposta ao clamor da opinião pública diante do engavetamento da CPI da corrupção. No primeiro momento, o órgão desempenhava apenas funções correcionais; um ano depois, o Decreto nº 4.177, de 28 de março de 2002, transferiu a Secretaria Federal de Controle Interno (SFC) — unidade responsável pela auditoria do Poder Executivo Federal, que integrava a estrutura do Ministério da Fazenda — para a então Corregedoria-Geral da União. Em 1º de janeiro de 2003, um dos primeiros atos do Governo Lula foi a edição da Medida provisória nº 103, posteriormente convertida na Lei nº 10.683, que, entre outras providências, alterou a denominação do órgão de Corregedoria para Controladoria-Geral da União, lhe concedeu o status de Ministério, vinculando-o diretamente à Presidência da República, e denominou seu titular de Ministro de Estado do Controle e da Transparência, além de definir suas competências, ampliando sobremaneira suas atribuições e alçando-a à condição de uma verdadeira agência anticorrupção.

A antiga CGU instituiu o Programa de Fiscalizações por sorteio público de Municípios, fiscalizando a aplicação de cerca de 20 bilhões de reais de recursos públicos federais repassados à Municipalidade²⁸, além de diversas ações de controle como Auditorias Anuais de Contas, Auditorias Especiais e Investigativas e Avaliações da Execução dos Programas de Governo. Em 2005 foi fixado um Sistema de Correição do Poder Executivo Federal (Decreto nº 5.480/05) e instituída o processo de Sindicância Patrimonial de Servidores Federais (Decreto nº 5.483/05), sendo que entre 2003 e 2013, 4.577 servidores foram demitidos. A partir de 2007, a antiga CGU também passou a atuar na aplicação de sanções a empresas que comentem ilícitos contra o Estado e criou o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS), que lista as empresas punidas e que estão, por isso, proibidas de contratar com a Administração.

Vale, neste sentido, pontuar que merece ser recebida com cautela a transformação da CGU em Ministério - Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União - CGU, ocorrida por força

28 Conforme reportagem da revista *nexo*, sobre a CGU e a fiscalização dos Municípios: “O órgão foi prestigiado durante o governo Lula, quando as ações de fiscalização de prefeituras que recebem verbas federais alcançaram 400 por ano. Nos anos da gestão Dilma Rousseff, o número caiu para 60 municípios ao ano fiscalizados, segundo informou a revista “Piauí”. O órgão também não conseguiu controlar de forma eficiente as estatais por falta de instrumentos legais, segundo o ex-ministro da CGU Jorge Hage.”. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2016/05/26/Qual-C3%A9-o-impacto-de-transformar-a-CGU-o-C3%B3rg%C3%A3o-anticorrup%C3%A7%C3%A3o-do-governo-em-um-minist%C3%A9rio>>. Acesso em: 28 dez. 2016.

da Medida Provisória nº 726, de 12 de maio de 2016, convertida na Lei nº 13.341, de 2016. Isto porque a vinculação à Presidência garantia maior autonomia para fiscalização e cobrança de servidores, ministros e ações de todo o governo. Importante pontuar que na década de 1990 cada ministério tinha seu próprio órgão interno de fiscalização, modelo que fragilizava o controle de desvios e má administração, pois as ações estavam submetidas ao Ministro da área fiscalizada²⁹.

A criação do Ministério da Transparência não retorna a essa situação da década de 1990, visto que a competência continua concentrada em um único órgão, mas coloca o órgão de controle interno no mesmo nível hierárquico que os outros Ministérios, podendo reduzir sua autoridade para sugerir mudanças, aplicar punições e cobrar transparência.

Todas essas evoluções institucionais contribuíram para o desmonte de grupos que atuavam livremente nos aparelhos estatais, como pontua Rafael Dubeux³⁰. Soma-se que em 17 de setembro de 2015, o Supremo Tribunal Federal concluiu julgamento da ADI 4650, declarando inconstitucional os dispositivos legais que autorizavam as contribuições de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais, regra que foi incorporada pela mais recente reforma eleitoral (Lei nº 13.165/15). A decisão teve por base especialmente a previsão do § 9º do art. 14 da CF que dispõe sobre a “*normalidade das eleições contra a influência do poder econômico*”. A decisão marca uma nova etapa de enfrentamento de um modelo eleitoral que favorece, ou pelo menos permite, a troca de benefícios entre empresas, que visam seu lucro, e governos, que visam a ser eleitos. A contratação onerosa pelo governo eleito de pessoas jurídicas que financiaram campanhas está na origem de grandes escândalos de corrupção do país, favorecendo um modelo permeável à corrupção.

A nova regra teve aplicação pela primeira vez nas eleições de 2016. Levantamento parcial divulgado pelo Tribunal Superior Eleitoral em 11 de outubro de 2016, revelou que os 496.896 candidatos a prefeito e vereador das Eleições de 2016 tinham arrecadado até aquele momento R\$ 2.556.242.876,54. O valor representa uma queda de 48% do total recebido pelos candidatos nas Eleições anteriores, de 2012, que foi de R\$ 5.312.790.864,34 (montante não corrigido)³¹. Se atualizarmos o valor de 2012 seria equivalente a aproximadamente 7 milhões em outubro de

29 Sobre o tema, ver: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2016/05/26/Qual-%C3%A9-o-impacto-de-transformar-a-CGU-o-%C3%B3rg%C3%A3o-anticorrupt%C3%A7%C3%A3o-do-governo-em-um-minist%C3%A9rio>>. Acesso em: 28 dez. 2016.

30 DUBEUX, op. cit., 2013.

31 TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, 2016. Para ter acesso aos dados de doações e gastos eleitorais comparados entre 2012 e 2016, ver tabela disponível em: <<http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/gastos-de-campanha-2012-e-2016>>.

2016, ou seja, aproximadamente 35% do total recebido. É preciso pontuar, entretanto, que além da proibição em questão, outras alterações podem ter influenciado a queda nas arrecadações eleitorais, como a redução do período de campanha de 90 para 45 dias e as crises econômicas e políticas pela qual passa o país.

A leitura dos impactos e resultados da proibição de doação empresas não é simples. Por um lado, pode-se dizer que o financiamento das campanhas por grandes empresas tende a converter sistematicamente o poder econômico em político, reduzindo o papel dos cidadãos e distorcendo gravemente a igualdade política na democracia³².

Por outro lado, a doação por empresas não era possível até a eleição de 1993, não tendo tal fato impedido escândalos como o do tesoureiro do PC Farias, arrecadador da campanha de Fernando Collor de Mello. Ademais, é possível questionar se a proibição legal de doação por empresas não acarretará o crescimento da prática de da doação informal, o chamado “caixa 2”, e de outras formas de financiamento e indireto das campanhas por empresas a serem eventualmente beneficiadas pelo governo, inclusive com potencial de favorecimento de candidatos que tenham fontes de renda vinculados aos setores empresariais de interesse.

Enfim, pode-se concluir que a proibição de doação por pessoas jurídicas levou a campanhas mais modestas nas eleições de 2016, dificultando em um primeiro momento a vinculação direta das empresas doadoras aos candidatos. Ademais, tem-se que o panorama de 1989 é muito diferente do de 2016, e que faz parte destas mudanças institucionais e legais a existência de Tribunais Regionais Eleitorais e do Tribunal Superior Eleitoral com capacidade de melhorar o sistema de avaliação das contas. Assim, as evidências apontam mais no sentido dos benefícios decorrentes da proibição de doação por empresas, não como suficiente em si, mas como parte de um pacote necessário de alterações mais profundas no sistema político³³.

Também no plano normativo, foram obtidas conquistas importantes para o combate à corrupção, destacando-se a lei que regulamenta o conflito de interesses no âmbito do Poder Executivo Federal (Lei nº 12.813/2013 - estabelecendo regras mais claras para a relação entre autoridades e empresas sujeitas a sua regulação -; a chamada “Lei anticorrupção” (Lei nº 12.846/13); a nova Lei de Lavagem de dinheiro (Lei nº 12.683/12); a Lei nº 12.850/13 - que pune as organizações criminosas e regulamenta técnicas especiais de investigação que permitem identificar e desarticular essas organizações -; e a chamada Lei da “Ficha Limpa” (LC nº 135/10).

³² DUBEUX, op. cit., 2013.

³³ Sobre o tema, interessante perspectiva apresentada no documento do Instituto Alvorada, 2009.

No plano infralegal podemos citar o Decreto nº 7.203/2010, que veda a prática de nepotismo, o Decreto nº 5.483/2006, que instituiu a Sindicância Patrimonial dos servidores federais; o Decreto nº 6.170/2007, que criou o Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse – SICONV e revolucionou o procedimento de transferências voluntárias de recursos da União para estados, municípios e entidades sem fins lucrativos, especialmente para imprimir-lhe mais transparência; o Decreto nº 6.370/2008, que dispõe sobre a utilização do Cartão de Pagamento do Governo Federal; e o Decreto nº 7.568/2011, que estabelece critérios mais transparentes para a celebração de parcerias com Organizações da Sociedade Civil, a exemplo do chamamento público obrigatório para as ONGs.

Ademais, diversas medidas de modernização da gestão, que diminuem a burocracia, aumentam a transparência e promovem a ética também foram adotadas de modo a coibir a ocorrência de irregularidades. Destaca-se a edição do Decreto nº 5.450/2005, que tornou obrigatório o uso do pregão eletrônico nas aquisições de bens e serviços comuns do Governo Federal e do Decreto 5.497/2005, que estabeleceu limites para que os cargos em comissão fossem ocupados exclusivamente por servidores de carreira; a criação, em 2007, da chamada Super-Receita, que reduziu o desperdício e permitiu maior combate a fraudes e à sonegação; e a edição do Decreto nº 7.203/2010, que combate o nepotismo no Governo Federal³⁴.

Todas estas alterações normativas também contribuíram para promover mudanças estruturais no sistema de prevenção e combate à corrupção. A chamada “lei Anticorrupção”, por exemplo, estabeleceu a responsabilidade objetiva administrativa e civil de “empresas” (pessoas jurídicas *lato sensu*), pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, tornando possível sancionar as empresas, além de seus dirigentes e administradores. Estas medidas antes ficavam limitadas a ações com envolvimento de agentes público, por concorrência ou beneficiamento, ou ainda por equiparação, nos termos da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92). A chamada lei anticorrupção permite, assim, maior eficiência no combate à corrupção por parte dos entes privados envolvidos no esquema.

A referida lei cria também a possibilidade de aplicação de sanções no âmbito administrativo (multa e publicação extraordinária da decisão condenatória) e de celebração de acordo de leniência, que no âmbito do Poder Executivo Federal é de competência da CGU e foi recentemente regulamentada pela Portaria Interministerial nº 2.278, de 15 de dezembro de 2016, que define os procedimentos para a celebração de acordo de leniência no âmbito da CGU, com participação da AGU.

34 ALVORADA, op. cit., 2014.

Além das alterações institucionais e legais, verifica-se que nos últimos anos foi realizado um significativo investimento no sentido de transparência na gestão federal, permitindo o desenvolvimento de uma cultura de disponibilização e acesso à informação. Neste sentido, A CGU criou em 2004 o Portal da Transparência³⁵ com informações detalhas e atualizadas sobre despesas, receitas, convênios (recursos transferidos a estados, municípios, e organizações da sociedade civil), sanções (CEIS, CNEP, CEPIM e CEAF) e servidores punidos (Cadastro de Expulsões da Administração Federal), sem necessidade de cadastro ou senha. Qualquer cidadão pode também ter acesso aos dados relativos a benefícios pagos no âmbito do Programa Bolsa Família, das operações efetuadas com cartões de pagamento do Governo Federal, dos recursos investidos na Copa 2014 e nas olimpíadas 2016, além dos salários de todos os servidores públicos federais.

Outro grande avanço foi a entrada em vigor da Lei de Acesso à Informação - LAI (Lei nº 12.527/2011), sancionada em 2011 e regulamentada em 2012 pelo Decreto nº 7.724/2012. A LAI estabelece que todas as informações produzidas ou custodiadas pelo poder público, abrangidos poder judiciário, legislativo e executivo, são públicas e devem ser acessíveis a todos os cidadãos, ressalvada as hipóteses de sigilo legalmente estabelecidas. Relatório de pedidos de acesso à informação³⁶ informa que entre maio de 2012 e dezembro de 2016 foram realizados 445.660 pedidos de acesso à informação, dando uma média mensal de aproximadamente 8.000 pedidos. Desses, 440.395 foram respondidos. No dia 28 de dezembro de 2016, quando realizada a consulta, 2.802 estavam em tramitação no prazo e 2.463 estavam em tramitação fora do prazo. No total, foram 233.192 solicitantes, com uma média de 1,48 perguntas por solicitação, sendo que 191.948 cidadãos solicitaram informações uma única vez.

O próprio relatório da transparência internacional³⁷ pontua a importância do incremento à participação social e ao acesso à informação, alcançados com a lei de acesso à informação e o portal da transparência, para o combate à corrupção no Brasil. Pode-se dizer, portanto, que houve uma verdadeira mudança no paradigma de combate à corrupção, cuja relevância ultrapassa atuações pontuais, permitindo um novo patamar institucional e legal de enfrentamento³⁸.

35 Ver: <<http://transparencia.gov.br/>>. Acesso em: 28 dez. 2016.

36 Ver: <<https://esic.cgu.gov.br/sistema/Relatorios/Anual/RelatorioAnualPedidos.aspx>>. Acesso em: 28 dez. 2016.

37 TRANSPARENCY INTERNATIONAL, op. cit., 2016.

38 Para saber mais detalhes sobre as alterações institucionais e legais no combate à corrupção pelos Governos Lula e Dilma, ver Alvorada, 2014, de onde tiramos alguns dos dados apresentados no presente artigo.

4 REFLEXÕES ACERCA DA FUNÇÃO PREVENTIVA DA AGU NO COMBATE À CORRUPÇÃO: POSSIBILIDADES E OBSTÁCULOS

A ocorrência da corrupção de forma sistemática no Brasil prejudica o regular funcionamento das instituições essenciais ao Estado Democrático de Direito, além de causar prejuízos econômicos consideráveis prejudicando políticas públicas que poderiam beneficiar toda a sociedade, especialmente as classes mais necessitadas. A advocacia pública pode atuar eficientemente no combate à impunidade e na prevenção à corrupção. Algumas reflexões são importantes neste sentido, e as faço analisando três frentes de atuação da Advocacia Geral da União: participação no processo de elaboração normativa; atuação consultiva (administrativa e negocial) e atuação contenciosa.

4.1 Atuação Consultiva (administrativa e negocial)

O Estado Democrático de Direito pressupõe que os procedimentos predominantemente jurídicos, inclusive na seara administrativa de estrita execução da lei, se pautem por critérios generalizados de constitucionalidade e legalidade. Como vimos, a invasão desses procedimentos por critérios extrajurídicos é uma das causas qualificadoras da natureza da corrupção sistêmica no Brasil.

A advocacia pública tem essa função constitucional de consultoria e assessoramento jurídico do Poder executivo (art. 131, § 1º da CF/88). A Lei Complementar nº 73/93, que institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União, prevê as funções de assessoramento de autoridades, inclusive do Presidente da República, de assessoramento no controle interno de legalidade administrativa dos atos praticados pela autoridade e de fixação da interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e dos demais atos normativos a ser uniformemente seguidas em suas áreas de atuação³⁹.

Prevenir a corrupção, passa, portanto, pela capacidade da advocacia pública de efetivamente garantir que os procedimentos predominantemente jurídicos na seara administrativa sejam realizados de forma legal e constitucional. Talvez essa seja a atuação preventiva mais óbvia da advocacia pública, mas ao mesmo tempo com mais obstáculos de eficácia real.

O exercício dessa função pressupõe que atos administrativos preponderantemente jurídicos exijam análise jurídica a cargo da advocacia pública. Neste sentido, a LC nº 73/93 exige que os textos de editais de licitação, dos respectivos contratos e instrumentos congêneres, assim como atos pelos quais se vá reconhecer inexigibilidade ou decidir dispensa de licitação, sejam previa e conclusivamente examinados pela AGU (art. 11,

39 Ver arts. 4º e 11 da LC nº 73/93.

VI da LC nº 73/93). A Lei nº 8.666/93 exige emissão de parecer jurídico sobre licitação, dispensa ou inexigibilidade, e aprovação das minutas de editais de licitação, contratos, acordos, convênios ou ajustes pela assessoria jurídica do órgão (art. 38, VI e parágrafo único da Lei nº 8.666/93. A lei nº 13.019/14, que estabelece o novo regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, exige a emissão de parecer jurídico do órgão de assessoria jurídica ou consultoria jurídica para a celebração e a formalização dos termos de colaboração e fomento (art. 35, II da Lei nº 13.019/14), exigência reafirmada em seu Decreto de regulamentação (art. 31 do Decreto nº 8.726/16). Também a “lei anticorrupção” exige manifestação prévia da advocacia pública no caso de aplicação das penalidades nela previstas (art. 6º, § 2º da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013).

Mas as previsões normativas em si não são suficientes. Como também não são suficientes as manifestações formais que decorrem de suas previsões, como os pareceres jurídicos. Essas manifestações são relevantes e são pressupostos ao enfrentamento efetivo da corrupção. Isso porque eles fixam no caso concreto o entendimento jurídico a respeito da legalidade e da constitucionalidade, formando uma jurisprudência administrativa que previne a corrupção e tende a orientar a atuação da administração em casos semelhantes. O parecer pode inclusive ser vinculante ao órgão assessorado e suas entidades vinculadas (quando aprovados pela autoridade máxima do órgão assessorado, conforme art. 42 da LC nº 73/93) ou vinculantes à toda administração pública federal, quando aprovado pelo Presidente da República e publicado juntamente com o despacho de aprovação (art. 40, § 1º da LC nº 73/93).

Essa dimensão da atuação consultiva, de fixação da interpretação da constituição e das leis ao caso concreto do dia-a-dia da gestão pública, garante previsibilidade à atuação estatal e transparência aos atos governamentais. Quanto maior for a consistência desses posicionamentos jurídicos no âmbito da própria instituição, maior segurança jurídica se garante aos atos administrativos, maior previsibilidade e transparência aos cidadãos e maior potencial de planejamento ao gestor público por conhecer previamente os caminhos jurídicos legais e constitucionais para efetivação da política pública.

Essa atuação é relevante também nos procedimentos de contratação pública, espaço crítico de corrupção no cenário brasileiro, conforme inclusive ressaltado no relatório da transparência internacional⁴⁰.

Mas a eficácia da atuação preventiva da União depende da capacidade da advocacia pública ir além dessa análise jurídico formal. A fixação da

40 TRANSPARENCY INTERNATIONAL, op. cit., 2016.

interpretação da lei e da constituição por parte do advogado público tem por função garantir a legalidade dos atos administrativos e assessorar a autoridade na execução da política pública. Não tem, portanto, função preponderantemente acadêmica ou jurisdicional. A eficácia da atuação do advogado público depende de sua capacidade de apresentar a melhor solução jurídica para a efetivação das políticas públicas, dentro do universo de alternativas jurídicas legais e constitucionais que existem para execução daquele comando legal.

Algumas reflexões nesse sentido precisam ser consideradas. Primeiramente, essa atuação exige a compreensão da existência de um “cliente” definido (o Estado), com objetivos específicos (políticas públicas estatais legitimamente selecionadas pelo governo eleito) e demandas concretas, que precisam de soluções jurídicas⁴¹. O assessoramento jurídico prestado pelo advogado público exige, assim, além do domínio do conhecimento jurídico, sensibilidade e conhecimento das políticas públicas objeto do assessoramento e dos fatores políticos e negociais que envolvem o ato administrativo.

Isso não significa que a manifestação do advogado público se dará sobre esses aspectos ou com fundamentação nesses critérios extrajurídicos. Pelo contrário, como dissemos a advocacia pública deve garantir que a concretização administrativa se dê em respeito aos critérios legais e constitucionais. Mas se operacionalmente ela tem que se pautar por critérios jurídicos, funcionalmente ela não pode se isolar do seu objetivo de apresentar soluções jurídicas a problemas concretos.

Portanto, a eficácia da atuação do advogado público depende, por um lado, de sua capacidade de garantir que critérios generalizados de constitucionalidade e legalidade pautem a execução administrativa da lei. Por outro lado, de sua capacidade efetiva de apresentar a melhor solução jurídica ao caso concreto. E é essencial que o advogado seja efetivo no exercício de sua função, sob pena de o Estado se ver atrelado a custos públicos expressivos com a advocacia pública e o assessoramento jurídico ser realizado por assessores pessoais não comprometidos com os critérios de legalidade e constitucionalidade.

Essa dupla dimensão da função da advocacia pública, além de necessária à eficácia de sua atuação, se configura pressuposto ao combate preventivo da corrupção. Isso porque, a experiência demonstra, por exemplo, que um parecer jurídico de análise formal de um edital de licitação, não

⁴¹ Essa perspectiva, poderíamos refletir acerca da posição intermediária da advocacia pública, que tem cliente definido (como a advocacia privada), mas abstrato e essencialmente imerso no interesse público (como o Ministério Público).

consegue afastar a ocorrência dos mais diversos tipos de corrupção, inclusive os que decorrem de violação a própria Lei nº 8.666/93.

Como vimos, a corrupção no âmbito da administração pública se caracteriza pela interferência de critérios extrajurídicos, especialmente econômicos e relacionais, que se tornam determinantes na concretização dos atos administrativos em prejuízo dos critérios de legalidade e constitucionalidade. Apesar da dificuldade de elaboração de um modelo institucional em que os advogados públicos enfrentem esses fatores reais, experiências de aproximação e envolvimento do advogado na política pública objeto do assessoramento e de participação do advogado público no procedimento administrativo e negocial desde o início de sua concepção, conciliadas com as manifestações jurídicas formais, tendem a garantir maior eficácia, inclusive na prevenção à corrupção.

Sob este aspecto, interessante o modelo desenhado pela Portaria interministerial nº 2.278, de 15 de dezembro de 2016, que define procedimentos para a celebração de acordo de leniência previsto na lei anticorrupção. De acordo com a referida portaria, o procedimento de negociação do acordo ocorre no âmbito do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, com participação da AGU. O modelo prevê a manifestação jurídica do Consultor-Geral da União, do Procurador-Geral da União e do Chefe da Consultoria Jurídica do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União – CGU sobre o relatório final conclusivo acerca das negociações (art. 5º, § 6º). Para além disso, estabelece que a Comissão responsável pela condução da negociação do acordo terá que ser composta por membros da AGU (art. 4º, I), aos quais compete avaliar a vantagem e procedência da proposta da empresa em face da possibilidade de propositura de eventuais ações judiciais (art. 5º, § 4º) e redigir capítulo próprio no relatório com análise das questões jurídicas. A Advocacia-Geral da União pode rejeitar a proposta apresentada (art. 6º *caput*), cabendo ao Advogado-Geral da União e ao Ministro da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União – CGU a decisão sobre a celebração do acordo de leniência.

A portaria, extremamente recente, ainda não pode ser avaliada por suas consequências práticas. Entretanto, prevê uma atuação participativa e contributiva desde o início do ato administrativo pretendido (no caso, a eventual celebração de acordo de leniência), para além da manifestação formal do advogado público.

Diante do exposto, nos parece que há um espaço relevante de contribuição da advocacia pública consultiva na prevenção à corrupção, que depende da construção de um modelo institucional que permita ao advogado público operacionalmente garantir que critérios generalizados

de constitucionalidade e legalidade pautem a concretização administrativa e funcionalmente apresentar a melhor solução jurídica ao caso concreto.

4.2 Atuação Contenciosa

A atuação contenciosa da Advocacia Geral da União, consistente na representação judicial da União (art. 37, § 5º e 1313 da CF/88 c/c art. 9º da LC nº 73/93) é predominantemente repressiva. O incremento da atuação da AGU no ajuizamento de ações de improbidade e de ressarcimento ao erário, de que tratamos, apontam neste sentido.

Essa compreensão é limitada e não abarca a concepção apresentada de que a relação paradoxal entre legalismo estrito e impunidade é central à discussão da corrupção no Brasil e à sua especificidade sistêmica. Assim, há uma função reflexa da atividade contenciosa que é inibitória e simbólica e enfrenta a cultura das formas unilaterais de legalismo e da impunidade que tende sistematicamente a imunizar os sobreintegrados das consequências jurídicas de seus atos. Essa função inibitória depende da aplicação efetiva das penalidades políticas (perda de direitos políticos e contratação com o poder público), multa e recomposição ao erário, tanto decorrentes da lei anticorrupção como da lei de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92). O contencioso da advocacia pública na área de improbidade e ressarcimento tem, portanto, uma função de garantir a legalidade efetiva.

Neste sentido, a AGU vem aprimorando sua atuação na direção do combate à corrupção e ressarcimento ao erário de verbas federais desviadas. Desde 2008, através da Portaria nº 15, de 25 de setembro de 2008, foi criado no âmbito da AGU grupos permanentes de atuação proativa nas Procuradorias da União, com advogados da União dedicados exclusivamente à proposição e acompanhamento de ações civis públicas, ações de improbidade administrativa, ações de ressarcimento ao erário decorrente de atos de improbidade ou cuja recomposição do erário seja superior a um milhão de reais e execuções de Julgados do Tribunal de Contas da União.

Os grupos tiveram seus trabalhos iniciados em 1º de janeiro de 2009. Em 2010, foram ajuizadas 3.706 Ações Civis Públicas de improbidade administrativa e de execução de decisões do TCU para reaver R\$ 2,7 bilhões desviados em esquemas de corrupção. No mesmo ano, foram recolhidos aos cofres públicos cerca de R\$ 491,2 milhões referentes a verbas desviadas em convênios firmados pela União com prefeituras e entidades públicas. Em 2011, foram ajuizadas 2.343 ações para reaver aos cofres públicos mais de R\$ 2 bilhões desviados em atos de corrupção. Em 2012, a AGU obteve a maior recuperação de créditos devido a atos de corrupção com a

devolução de quase R\$ 468 milhões desviados da construção do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo e ainda conseguiu a repatriação de US\$ 6,8 milhões da conta bancária na Suíça do ex-juiz Nicolau dos Santos Neto. E em 2013 foram ajuizadas 2.109 ações visando a recuperação de R\$ 1,05 bilhão.

A AGU também criou uma força-tarefa em Curitiba, no Paraná, que conta com advogados da União especializados nas ações de combate à corrupção, com dedicação especial aos ressarcimentos decorrentes da operação lava-jato e uma força-tarefa da Procuradoria-Geral Federal (PGF) - órgão da Advocacia-Geral da União responsável pela defesa judicial e assessoramento jurídico das autarquias e fundações federais - que formou equipe de Trabalho Remoto/Probidade (ETR/Probidade) que atua desde maio deste ano.

A força tarefa da AGU no Paraná já propôs cinco ações pedindo a devolução de mais de R\$ 23 bilhões aos cofres públicos, entre multas e valores desviados que deverão ser ressarcidos contra os envolvidos no esquema de fraudes em contratos da Petrobras investigado pela operação. Recentemente, um dos pedidos de bloqueio de bens formulado pela Advocacia-Geral nas ações, no valor de R\$ 2,1 bilhões, foi acolhido pela Justiça, que determinou que as construtoras OAS e Odebrecht depositassem em uma conta judicial quantia correspondente a 3% de seus respectivos faturamentos mensais. Nos últimos dois anos (2015 e 2016) foram ajuizadas pela AGU 200 ações de improbidade administrativa contra pessoas e empresas envolvidas em irregularidades.

A força-tarefa da PGF resultou no incremento de 305% de ações judiciais comparando dados de 2016 com 2015, Foram 77 ações propostas pelo grupo (contra 19 ajuizadas em 2015), sendo 59 de improbidade administrativa e outros 18 pedidos de bloqueio de bens baseados em investigações do Tribunal de Contas da União (TCU). A expectativa é de que até R\$ 192,5 milhões possam ser recuperados para os cofres públicos.

Segundo notícia publicada no site da AGU, para tornar ainda mais eficaz o combate à corrupção, a força-tarefa aposta agora na intensificação da colaboração com outros órgãos. A equipe já discute com o Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle a realização de um pente-fino em todos os casos de demissão de servidores de autarquias e fundações federais por atos de improbidade dos últimos cinco anos. Em outra frente, foi feita uma parceria com a Polícia Federal para que inquéritos policiais que envolvam atos de improbidade no âmbito de autarquias e fundações federais sejam encaminhados para a ETR/Probidade⁴².

⁴² Ver: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/481192>. Acesso em: 27 dez. 2016.

Apesar desses significativos avanços, há uma dificuldade que diria cultural da advocacia pública em abraçar essa área de atuação. O cotidiano da propositura de ações difere da esmagadora maioria de ações em que a União é ré. A cultura proativa demanda da advocacia pública uma postura inquisitória, criativa e propositiva e ao mesmo tempo não impulsionada por prazos judiciais (ainda que possa ser impulsionada por prazos prescricionais). Inclusive, há possibilidade de o advogado público atuar no âmbito extrajudicial, com a instauração e acompanhamento de procedimento administrativo prévio tendente à coleta de documentos e informações indispensáveis à atuação judicial propositiva⁴³. O cotidiano do contencioso reativo e impulsionado por prazos judiciais não se adequa à esfera da atuação proativa de combate à corrupção e ressarcimento ao erário.

Neste sentido, a citada portaria da Portaria nº 15, de 25 de setembro de 2008, foi bem sucedida ao criar grupos permanentes de atuação proativa, possibilitando a especialização e a adaptação da cultura no dia-a-dia dos advogados públicos, e ao prever a atuação extrajudicial do procedimento administrativo prévio.

Mas é necessário incrementar ainda mais essa atuação. A experiência demonstra uma dificuldade de compatibilização, no dia-a-dia, da função de receber carga e tocar processos em andamento com a de propor novas ações, mesmo dentro do grupo especializado na atuação de combate à corrupção e ressarcimento ao erário. Isso porque a carga, permeada por seus prazos judiciais, acaba tomando prioridade na ordem de realizações do dia, reduzindo drasticamente ou mesmo impedindo que as proposições sejam realizadas. Neste sentido, nos pareceram bem sucedidas a divisão entre funções propositivas e funções de acompanhamento das ações judiciais, dedicando-se alguns advogados a função exclusiva de propor as ações.

Esta perspectiva nos exige reflexões acerca do perfil da advocacia pública e da necessidade de destinação de força material e pessoal suficiente para essa área de atuação proativa, para que se possa obter bons resultados. Atualmente, no âmbito da advocacia geral da União há uma quantidade de expedientes a serem analisados imensamente maior do que o quantitativo de advogados destinados a este ofício. O desafio, neste aspecto, é selecionar ações por relevância política e jurídica, valor econômico, e potencial de ressarcimento, conseguindo dedicação aos processos mais relevantes e com maior chance de sucesso.

43 Na Procuradoria Regional da 3ª Região, por exemplo, foi realizado procedimento administrativo prévio para coleta de provas referente a irregularidades no repasse da administração do terreno Pátio da estação do Pari “shopping popular da madrugada” – conhecido por “feira da madrugada”, resultando na propositura de ação de Improbidade e ressarcimento ao erário no valor de R\$618.735.327,64, que teve liminar deferida e bloqueados o valor integral correspondente.

A eficácia da atuação contenciosa proativa também depende também do aprimoramento das atividades de inteligência e das relações institucionais.

A área de inteligência para busca de bens e pessoas é ainda incipiente, especialmente na carreira da advocacia da União, o que muitas vezes condena a eficácia da atuação do advogado público. Apesar do acesso a diversos sistemas de busca de bens móveis, imóveis, registros cartoriais, registros bancários, na prática essa busca por bens demanda o cruzamento de informações e um serviço de inteligência para encontrar patrimônio e demonstrar com provas o caminho por ele percorrido para que possamos atingi-lo judicialmente.

Por esta razão, a Portaria nº 511, de 4 de dezembro de 2015, criou solução de atuação estratégico-jurídica consistente em laboratório de recuperação de ativos – LABRA/AGU, com a finalidade de propiciar apoio às atividades de cobrança e recuperação de ativos, por meio da produção de conhecimento e de informações estratégicas destinadas a subsidiar atuação judicial, como a localização de devedores, interpostas pessoas, grupos econômicos informais, bens próprios e desviados, identificação de fraude contra credores, de fraude à execução e de variações patrimoniais a descoberto.

O LABRA já vem atuando em casos relevantes de forma bem sucedida, garantindo análise inteligente e integrada de informações, mas também depende de maior reforço de pessoal para que possa impactar em dimensões mais relevantes a atuação proativa da advocacia geral da União.

Na mesma linha, diversas procuradorias regionais da União criaram Núcleo de Informação e Pesquisa – NIP, destinado a realizar pesquisas e processamento de informações para auxiliar na atuação dos advogados públicos. No caso da Procuradoria Regional da 3ª Região, por exemplo, o NIP foi instituído em agosto de 2016, pela Ordem de Serviço nº 5, e conta com apenas um servidor lotado e responsável pelas suas atividades. Mesmo assim, em menos de 4 meses, já foram realizadas pelo NIP 94 demandas de pesquisa de bens e pessoas e inscritos 116 devedores no Cadin. Ainda estamos longe de alcançar uma eficácia razoável na seara de inteligência e busca de bens, que depende do desenvolvimento de expertise assim como da disponibilização de pessoal, mas essas são experiências que tem se mostrado bem sucedidas.

Também as relações institucionais internas e externas precisam ser aprimoradas para maior eficácia da atuação de combate à corrupção. Internamente, é importante a troca de informações entre advogados dedicados à atuação consultiva e advogados dedicados à atuação contenciosa. A interlocução com o consultivo pode colaborar para que a função de

assessoramento seja mais efetiva de acordo com as questões jurídicas que estão sendo definidas judicialmente, fixando novas jurisprudências. Em sentido inverso, a atuação contenciosa mais exitosa depende de informações dos procedimentos internos do Ministério ou outro órgão assessorado e do conhecimento das políticas públicas defendidas e dos atos de improbidade impugnados. Isso passa, por exemplo, por troca de informações acerca de processos administrativos disciplinares que podem configurar improbidades e que demandam quebra de sigilo bancário ou cautelar de arresto de bens.

Externamente, mostra-se necessário o estreitamento de relação e a colaboração com a Polícia Federal (informações acerca de investigações e colaboração para medidas cautelares preventivas), com o Ministério Público Federal (para evitar trabalhos em duplicidade, possibilitando a colaboração entre seara civil e penal, assim como seleção qualitativa dos expedientes administrativos), com a Receita Federal (especialmente no que se refere aos casos de sindicância patrimonial) e com o Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria Geral da União. Também o estreitamento da atuação com as demais advocacias públicas estaduais e municipais por favorecer a troca de experiências, sistemas e informações e uma atuação conjunta que pode se mostrar eficiente no combate à corrupção.

4.3 Elaboração Normativa

Há também uma terceira frente de atuação da advocacia pública que costuma ser menos lembrada, mas que exerce função importantíssima no desenho da política pública e no modelo institucional de combate à corrupção, que é a no processo de elaboração normativa. Essa atuação poderia ter sido tratada dentro do tópico da atuação consultiva; mas preferi abordá-lo separadamente por ter traços específicos e em geral pouca visibilidade.

No âmbito da advocacia geral da União, essa função é exercida em dois momentos. O primeiro deles é o assessoramento na própria elaboração do ato normativo seja ele um decreto, uma portaria, uma medida provisória, ou ainda um projeto de lei. Trata-se de verificação prévia de legalidade e constitucionalidade dos atos normativos. Esse assessoramento ocorre no âmbito das consultorias jurídicas dos Ministérios e órgãos equivalentes, em função da competência para assessoramento jurídico das autoridades, na Subchefia para Assuntos Jurídicos da Presidência da República – SAJ/PR e no departamento de análise de atos normativos – DENOR (art. 15, I do Decreto nº 7.392/10).

Compete à SAJ/PR, por exemplo, verificar previamente a constitucionalidade e legalidade dos atos presidenciais; examinar os

fundamentos jurídicos e a forma dos atos propostos ao Presidente da República, estando autorizada a devolver aos órgãos de origem aqueles em desacordo com as normas vigentes; supervisionar a elaboração de projetos e atos normativos de iniciativa do Poder Executivo e coordenar as atividades de elaboração, redação e tramitação de atos normativos a serem encaminhados ao Presidente da República (art. 16, II, IV, VI e IX do Decreto nº 5.135/04).

Alterações normativas, legais e infralegais, são relevantes para definir modelos institucionais e instrumentalizar políticas públicas que demandam invariavelmente conhecimento jurídico. Os advogados públicos têm conhecimento e condição qualificada para contribuir na construção desses modelos, na atribuição de competências, inclusive visando a criar mecanismos inteligentes e menos burocratizados de controle e efetivo resultado. Isto além de existir um conhecimento jurídico específico de técnica legislativa, o advogado público tem a experiência de problemas concretos do contencioso e do consultivo que são úteis na elaboração de modelos e de grande utilidade na orientação dos Ministérios e demais órgãos assessorados.

Mas a efetividade desta contribuição depende, de forma equivalente ao que já falamos sobre a atuação consultiva, de uma postura proativa e não formalista do advogado público e da compreensão de que existem demandas reais a serem solucionadas pelas propostas normativas que estão sendo analisadas. Além do aspecto técnico de elaboração normativa e dos limites de legalidade e constitucionalidade que devem nortear a elaboração do ato, existe a compreensão dos interesses e dos modelos que estão por trás de cada proposta. Essa função está diretamente relacionada com as mudanças normativas no sistema de prevenção e combate à corrupção da qual tratamos na primeira parte deste artigo.

Um segundo momento em que a advocacia pública pode participar do controle de legalidade e constitucionalidade de atos normativos é na manifestação prévia ao ato de sanção ou veto do chefe do executivo. Também podem participar desta fase consultorias jurídicas dos Ministérios interessados pelo tema, a depender de previsão e costume específico de cada órgão, a SAJ/PR e o departamento de análise de atos normativos – DENOR da Consultoria-Geral da União.

Conforme art. 15, I e II, compete ao DENOR, além de analisar projetos de lei, de medidas provisórias e de outros atos normativos e propostas legislativas em tramitação no Congresso Nacional, analisar projetos de lei submetidos à sanção do Presidente da República. Neste segundo momento, o advogado público pode novamente contribuir de forma qualificada, verificando os aspectos de legalidade e constitucionalidade dos

atos e verificando a adequação dos modelos propostos para finde de eficiente combate à corrupção.

Não há dúvida, portanto, que a advocacia pública deve contribuir juridicamente no desenho da política pública e do modelo institucional de combate à corrupção, através de sua participação no processo de elaboração normativa e de sanção presidencial. Trata-se de tarefa relevante para o fortalecimento de instituições que garantam o funcionamento do sistema político de forma autônoma dentro do Estado Democrático de Direito, evitando-se casos generalizados de corrupção e fraudes, inclusive eleitorais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há um problema de corrupção no mundo, que condena Estados, políticas públicas e populações, especialmente de países mais poderes e menos desenvolvidos. No Brasil, este problema tem uma incidência sistemática impedindo que instituições essenciais ao Estado Democrático de Direito, como os sistemas jurídico e político, funcionem com a autonomia necessária. Como apresentei aqui, essa corrupção tem uma face específica diretamente relacionada à função do Estado perante o cidadão e a prestação do sistema jurídico: a complementariedade entre legalidade estrita aplicada à parcela da população marginalizada e impunidade em benefício da parcela da população privilegiada. Não é difícil, daí, entender que essa impunidade de forma generalizada alimenta uma cultura geral de corrupção, mas especialmente alimenta a corrupção do sistema político, acostumado a decidir por critérios econômicos ou relacionais, sem que isso gere as respectivas consequências jurídicas.

A advocacia pública é uma função de Estado, assim prevista em nossa Constituição Federal, e o seu exercício tem que considerar a relevância do combate à corrupção e a necessidade real de soluções jurídicas aplicáveis ao Estado. Nossa função se desenha junto com a de um país mais igualitário, menos desigual e menos marcados por contradições institucionais.

Considerando este cenário, apresento para reflexão as inúmeras frentes que o advogado público tem para contribuir no combate à corrupção, especialmente em seu aspecto preventivo. As manifestações formais de legalidade, seja no âmbito consultivo, contencioso ou de participação na elaboração normativa, parecem não dar conta por si só dessa tarefa. Por isso acredito ser relevante refletir constantemente acerca da função institucional da advocacia pública, dos benefícios do que chamei de cultura proativa e participativa dentro da instituição e da compreensão da nossa função enquanto fornecedores de soluções jurídicas a um cliente real, apesar de abstrato.

Muitas experiências contribuíram nos últimos anos para a mudança de paradigma institucional e legal do combate à corrupção, muitas delas com a contribuição valiosa de advogados públicos engajados nessa tarefa. Outras experiências específicas da advocacia pública foram bem sucedidas ou apresentaram obstáculos que precisam ser identificados e enfrentados. Há muito para progredir; tanto enquanto Estado, como enquanto instituição. E identificar, refletir e propor são passos importantes na construção de uma atuação que vise ao desenvolvimento de um sistema jurídico mais igualitário e de um sistema político menos corruptível.

REFERÊNCIAS

Artigos e livros

ALVORADA, Instituto. *Reforma Política – Uma alternativa ao debate*. 2009. Disponível em: <http://institutoalvorada.org/wp-content/uploads/2009/12/reforma_politica_alvorada.pdf>. Acesso em: 23 dez. 2016.

_____. *Transparência e combate à corrupção nos Governos Lula e Dilma*. 2014. Disponível em: <<http://institutoalvorada.org/transparencia-e-combate-a-corrupcao-nos-governos-lula-e-dilma/>>. Acesso em: 29 nov. 2016.

DUBEUX, Rafael. *Combate à corrupção no Brasil: da indignação à ação*. 2013. Disponível em: <<http://institutoalvorada.org/combate-a-corrupcao-no-brasil-da-indignacao-a-acao/>>. Acesso em: 22 dez. 2016.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

Relatórios

EUROPEAN COMMISSION. *Report from the Commission to the Council and the European Parliament. EU Anti-Corruption Report*. 3 de fevereiro de 2014. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/anti-corruption-report>>. Acesso em: 29 nov. 2016.

DECOMTEC. *Relatório Corrupção: custos econômicos e propostas de combate*. 2010. Disponível em: <www.fiesp.com.br/arquivo-download/?id=2021>. Acesso em: 29 nov. 2016.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Corruption Perceptions Index 2015*. 2016. Disponível em: <<http://www.transparency.org/cpi2015>>. Acesso em: 29 nov. 2016.

GALLUP. 75% in U.S. See *Widespread Government Corruption*. 19 de Setembro de 2015. Disponível em: <<http://www.gallup.com/poll/185759/widespread-government-corruption.aspx>>. Acesso em: 29 nov. 2016.

Imprensa e reportagens

COMISSÃO EUROPEIA. Comunicado de Imprensa “*Comissão apresenta primeiro Relatório Anticorrupção da EU.*”. 22 de outubro de 2015. Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-86_pt.htm>. Acesso em: 29 nov. 2016.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. *Eleições 2016: candidatos receberam mais de R\$2,5 bilhões em doações*. 11 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2016/Outubro/eleicoes-2016-candidatos-receberam-mais-de-r-2-5-bilhoes-em-doacoes>>. Acesso em: 23 dez. 2016.

<<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/09/1812723-cupula-da-cardiologia-do-einstein-cai-por-suposto-elo-com-fornecedor.shtml>>. Acesso em: 26 dez. 2016.

https://pt.wikipedia.org/wiki/Caso_de_corrup%C3%A7%C3%A3o_na_FIFA_em_2015. Acesso em: 26 dez. 2016.

<http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/481192, acesso em: 27 dez. 2016.

<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2016/05/26/Qual-%C3%A9-o-impacto-de-transformar-a-CGU-o-%C3%B3rg%C3%A3o-anticorrup%C3%A7%C3%A3o-do-governo-em-um-minist%C3%A9rio>>. Acesso em: 28 dez. 2016.

Sites

<<http://transparencia.gov.br/>>. Acesso em: 28 dez. 2016.

<https://esic.cgu.gov.br/sistema/Relatorios/Anual/RelatorioAnualPedidos.aspx>>. Acesso em: 28 dez. 2016.

