

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA
JUSTIÇA I**

CRISTIANO BECKER ISAIA

HENRIQUE RIBEIRO CARDOSO

MAGNO FEDERICI GOMES

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente **Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente **Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente **Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente **Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UEPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFES – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Cristiano Becker Isaia; Henrique Ribeiro Cardoso; Magno Federici Gomes – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-630-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

Apresentação

O XXVII Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), realizado em Salvador/BA, nos dias 13 e 15 de junho de 2018, foi promovido em parceria com a Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA), tendo como tema geral: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural.

Este livro é derivado da articulação acadêmica, com o objetivo de transmissão do conhecimento científico, entre o CONPEDI, a UFBA e docentes e pesquisadores de diversos Programas de Pós-graduação "stricto sensu" no Brasil e no exterior, com vínculo direto com seus respectivos projetos e Grupos de Pesquisa junto ao CNPQ.

O grupo de trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça I teve bastante êxito, tanto pela excelente qualidade dos artigos, quanto pelas discussões empreendidas pelos investigadores presentes. Foram defendidos dezesseis trabalhos, efetivamente debatidos e que integram esta obra, a partir dos seguintes eixos temáticos: teoria geral do processo contemporâneo; tutela processual coletiva; direito probatório; processo de execução e procedimentos especiais; e reflexos dos precedentes judiciais na legislação instrumental.

No primeiro bloco, denominado teoria geral do processo contemporâneo, iniciaram-se os trabalhos com textos sobre o ativismo judicial: as origens do protagonismo judicial no Direito Processual Civil, com estudo sobre a função do juiz e a teoria da decidibilidade, a partir do processo romano medievo; e a legitimação para o controle judicial de políticas públicas e ações afirmativas: parâmetros hermenêuticos, que apresentou os elementos de sindicabilidade da atuação judicial para efetivar direitos fundamentais. Após, passou-se à análise dos princípios processuais e normas gerais instrumentais em: deveres das partes como vetor das garantias de um processo constitucional democrático (lealdade processual, boa-fé e cooperação para efetivar o processo justo); a efetividade do processo judicial eletrônico brasileiro: uma análise sob a perspectiva da pessoa com deficiência visual, em que se visitou o amplo acesso à jurisdição para tais procuradores; tutelas jurisdicionais diferenciadas: apontamentos sobre a tutela provisória antecedente do novo Código de Processo Civil (CPC /2015), onde a estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória e seus efeitos exógenos de coisa julgada material foram analisados; e a flexibilização da vedação ao acordo

na ação de improbidade administrativa frente ao princípio do devido processo legal, que problematizou a diretriz da autocomposição do CPC/2015 em contraposição ao procedimento da ação de improbidade administrativa.

No segundo eixo, chamado tutela processual coletiva, apresentaram-se quatro artigos científicos, iniciando-se com: a mudança de paradigma do estado liberal para o social democrático e as tutelas processuais ambientais, em que se estudou a evolução histórica do paradigma de processo e as tutelas preventivas, inibitórias e ressarcitórias em ações civis públicas ambientais; análise do princípio do contraditório e ampla defesa à luz do processo coletivo, fazendo uma releitura de tais princípios na tutela coletiva; a inocorrência de prescrição na ação civil pública enquanto regra geral, estudando a imprescritibilidade na tutela coletiva; e especificidades do mandado de injunção coletivo, como vítima da crise de inefetividade das normas constitucionais, vício que o instrumento pretendia corrigir.

Na terceira fase temática, intitulada direito probatório, o primeiro trabalho foi: a exegese da hipossuficiência da parte na aplicação da teoria da dinamização do ônus da prova no processo civil, que, a partir de decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, verificou que a carência financeira é o elemento primordial para se reconhecer a hipossuficiência para inverter a distribuição do encargo da prova; e o segundo texto foi: provas em matéria arbitral, analisando o papel do árbitro na validação dos elementos probatórios.

No quarta parte, cujo eixo foi processo de execução e procedimentos especiais, foram abordados os artigos: defesas do executado no CPC/2015, sobre a preexistência da objeção ou exceção de pré-executividade; e a competência em razão da pessoa no Juizado Especial Federal e suas problemáticas, que analisou a incapacidade de parte em oposição à competência absoluta nas pequenas lides federais.

No derradeiro bloco, que versou sobre os reflexos dos precedentes judiciais na legislação instrumental, expôs-se: como provocar o STF e STJ a superarem seus precedentes, firmados em recursos extraordinário e especial repetitivos, na sistemática do artigo 1.030 do CPC?: uma interpretação constitucional adequada, que objetivou dar uma interpretação conforme à Constituição sobre o cabimento de agravo interno contra decisões de inadmissão de Recursos Especiais e Extraordinários com base em precedente judicial de Tribunais Superiores; e ainda a relevante função da reclamação constitucional no CPC/2015, que analisou as cinco fases da ação impugnativa autônoma que assegura a autoridade das decisões dos tribunais e sua competência jurisdicional, bem como a nova função infraconstitucional de efetivação de precedentes judiciais.

Como conclusão, a Coordenação sintetizou os trabalhos do grupo, discutiu temas conexos e sugeriu novos estudos, a partir da leitura atenta dos artigos aqui apresentados, para que novas respostas possam ser apresentadas para os problemas que se multiplicam nesta sociedade de risco líquida.

O neoconstitucionalismo, ou pós-positivismo, parte da premissa de que os princípios inseridos em uma Constituição têm força normativa, o que reforça, no Direito Processual, o seu caráter de instrumento para implementação e efetivação dos direitos e garantias fundamentais, razão pela qual não se pode interpretar qualquer instituto processual dissociado do conteúdo axiológico-normativo dos princípios constitucionais que regem a sua aplicação.

A finalidade deste livro é demonstrar os estudos, debates conceituais e ensaios teóricos voltados ao Direito Processual Sustentável, no qual a multidisciplinaridade, em suas várias linhas de pesquisa, serão empregadas para expor os temas e seus respectivos problemas. Objetiva-se, ademais, ampliar as reflexões e discussões sobre a pesquisa realizada sob diversos posicionamentos, posto que as investigações não se encontram totalmente acabadas.

Na oportunidade, os Coordenadores agradecem a todos que contribuíram a esta excelente iniciativa do CONPEDI, principalmente aos autores dos trabalhos que compõem esta coletânea de textos, tanto pela seriedade, quanto pelo comprometimento demonstrado nas investigações realizadas e na redação de trabalhos de ótimo nível.

Os artigos, ora publicados, pretendem fomentar a investigação interdisciplinar entre o Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça. Assim, convida-se o leitor a uma leitura atenta desta obra.

Os Coordenadores:

Prof. Dr. Cristiano Becker Isaia

Universidade Federal de Santa Maria

Prof. Dr. Henrique Ribeiro Cardoso

Universidade Federal de Sergipe e Universidade Tiradentes/SE

Prof. Dr. Magno Federici Gomes

Escola Superior Dom Helder Câmara e PUC Minas

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A FLEXIBILIZAÇÃO DA VEDAÇÃO AO ACORDO NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA FRENTE AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

THE FLEXIBILIZATION OF THE SEAL OF THE AGREEMENT IN THE ACTION OF ADMINISTRATIVE IMPROBITY IN RESPECT OF THE PRINCIPLE OF THE DUE LEGAL PROCESS

Liliane Santos Araujo ¹
Henrique Ribeiro Cardoso ²

Resumo

As vantagens e mecanismos disponíveis na Lei 8.429/92, responsável por disciplinar o procedimento de repressão à improbidade administrativa, esbarram na vedação expressa de acordo para essas ações, contrariando toda a tendência do sistema jurídico brasileiro. Diante deste panorama, o presente estudo tem como objetivo analisar frente ao princípio do devido processo legal a possibilidade de relativização da proibição ao acordo no âmbito da ação de improbidade administrativa. A técnica empregada foi a de revisão bibliográfica em doutrina nacional e em publicações em periódicos.

Palavras-chave: Improbidade administrativa, Acordo, Vedação, Devido processo legal, Flexibilização

Abstract/Resumen/Résumé

The advantages and mechanisms available in Law 8.429 / 92, which is responsible for disciplining the procedure of repression against administrative impropriety, meet the express prohibition of such actions, contrary to the whole tendency of the Brazilian legal system. In view of this situation, the present study has the objective of analyzing, before the principle of due process, the possibility of relativizing the prohibition to the agreement in the ambit of the action of administrative improbity. The technique used was the one of bibliographical revision in national doctrine and in publications in periodicals.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Administrative dishonesty, Wake up, Seal, Due process of law, Relaxation

INTRODUÇÃO

A vedação ao consenso e à colaboração contida na ação de improbidade administrativa é incompatível com diversos institutos disponíveis na legislação brasileira para celebração de acordos e ajustamentos das pessoas físicas ou jurídicas com a Administração Pública, do que são exemplos a colaboração premiada para o cidadão âmbito criminal e o acordo de leniência na responsabilização civil-administrativa das empresas. Além de existir no sistema jurídico brasileiro e mundial forte movimento para estímulo às práticas consensuais que concretizariam garantias constitucionais como: razoável duração do processo, acesso à justiça, contraditório e ampla defesa.

Dentro da atual formatação legal, a admissão de acordos na esfera da ação de improbidade administrativa representa formalmente desrespeito ao procedimento, mesmo que para o réu signifique a disponibilidade de um instrumento de defesa e para Administração Pública um possível ferramenta para garantir a recuperação de valores pertencentes à Administração Pública. O paradoxo entre a proibição do acordo e as vantagens de sua admissão levou a produção do presente artigo a fim de analisar se a celebração destes acordos admite harmonização com o princípio do devido processo legal.

Para realizar esta análise, buscar-se-á apresentar as peculiaridades da ação de improbidade administrativa e os efeitos da vedação ao acordo, assim como analisar a possibilidade de sua relativização no sistema jurídico brasileiro frente à garantia constitucional ao devido processo legal. Como consequência desta exposição, intenta-se demonstrar que a transgressão à proibição contida no §1º, do art.17 da Lei 8.429/92 se utilizada em favor do réu poderia ser admitida.

O presente artigo utiliza o método de revisão bibliográfica, por meio de consulta à doutrina nacional e às publicações em periódicos, além de citar jornais informativos, todos em língua portuguesa, ou suas traduções nesta língua, devidamente referenciadas. O trabalho está ainda dividido em três capítulos e uma conclusão, além desta introdução.

1- A AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: PROCEDIMENTO GENUINAMENTE BRASILEIRO

O controle da corrupção é interesse público fundamental para constituição de uma sociedade democrática (AVRITZER; FILGUEIRAS, 2011, p.40). E neste panorama de

repressão o Brasil apresenta uma posição destacada diante da edição da Lei 8.429/92, que prescreve sanções para desvios na gestão da coisa pública, não de forma alternativa à punição criminal, mas com alcance mais amplo e finalidade cumulativa, destinada à proteção da probidade administrativa.

Wallace Paiva Martins Júnior (2009, p.108) sobre o princípio da probidade conclui que dele deduz-se um direito público subjetivo do cidadão ter uma administração proba e honesta, com concretização através da disponibilidade de instrumentos de combate à improbidade. Dentre os mecanismos existentes no sistema jurídico brasileiro, a genuína Lei de Combate à Improbidade Administrativa é ferramenta de largo espectro de abrangência e possuidora de significativo potencial de eficiência subutilizada no combate à corrupção.

As peculiaridades de sua definição impedem que ela seja confundida com outras ações, estando as principais diferenças vinculadas à legitimação ativa e à dimensão dos objetos perseguidos (FAZZIO JÚNIOR, 2012, p.431). A ação civil pública e a ação popular buscam proteger os interesses da coletividade, que podem coincidir com a pretensão de ressarcimento do erário e punição dos agentes ímprobos (BRASIL, 2015), ou seja, todas essas ações podem se referir ao mesmo ato de improbidade.

A ação popular pode ser proposta por qualquer eleitor. A ação civil pública pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela União, os estados, municípios, autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista e associações interessadas¹. A ação de improbidade administrativa, conforme art. 17, *caput*, da Lei 8.429/92 será proposta pelo Ministério Público ou qualquer pessoa jurídica interessada. Diante da catalogação dos legitimados nota-se que a única possível coincidência de processamento será da ação de improbidade e ação civil pública proposta pelo Ministério Público para atacar ato ilegal ou imoral praticado por agente público e direcionado à Fazenda Pública (FAZZIO JÚNIOR, 2012, p. 433).

O Ministério Público ou a pessoa jurídica legitimada a provar as alegações no momento da propositura da ação². Para apresentação da inicial, entende-se que os indícios suficientes satisfariam os pressupostos para o processamento da ação, embora que para prolação da decisão final será lastreada na confirmação ou não dos indícios apresentados inicialmente (FAZZIO JÚNIOR, 2012, p. 444).

¹ Desde que constituídas a mais de 01 (um) ano.

² Art. 373. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. (BRASIL. 2015)

Os atos ilícitos de improbidade administrativa possuem tipicidade proibitiva mais ampla e genérica do que a penal, ponto em que se assemelham aos ilícitos administrativos, cuja legislação, via de regra, é composta por normas em branco, cujos conceitos primários são incompletos, carente de uma integração normativa (OSÓRIO, 2005, p.281-284). Assim, basta que a lei defina genericamente a infração, para que seja aplicada a pena, usando para tanto larga margem de poder discricionário (CAVALCANTI, 1996, p.72). Sendo 03 (três) as frentes de atuação, representadas pelas diferentes seções da Lei 8.429/92: a) atos que importam enriquecimento ilícito; b) atos que causam prejuízo ao erário; c) atos que atentam contra os princípios da Administração Pública.

No dizer de Waldo Fazzio Júnior (2012, p.123) a massa dos atos de improbidade administrativa seria composta pelas condutas caracterizadas pelo desvio dos deveres formais e obtenção de benefícios pecuniários ou de prestígio. O art.9º se refere à direta incorporação dos bens públicos ao patrimônio particular. O art.10, por sua vez, trata da facilitação de aproveitamento de terceiro. O art.10-A, recém-acrescentado, compreende a concessão ou manutenção indevida de benefício financeiro ou tributário. Finalmente, será art.11 que permitirá a adequada identificação das condutas classificáveis como atos de improbidade nos termos da Lei nº 8.429/92. O art.11 é eleito como ponto de partida exegético, pois se ocupa da improbidade administrativa em si mesma.

A existência de sanções à corrupção através da ação de improbidade administrativa não implica um descompromisso com a punição criminal dos corruptos. Ao contrário, no dizer de Emerson Garcia a Lei 8.429/92 acresce ao sistema brasileiro de combate à corrupção mais uma dimensão de responsabilização. O que coloca o Brasil como um dos mais modernos do mundo (GARCIA, 2003, p.130).

O modelo das sanções de improbidade permite, ainda, grande margem de discricionariedade ao julgador, vez que a norma não esclarece quais das punições disponíveis devem ser aplicadas para cada hipótese de improbidade. Não bastasse isso, nem o elemento da confissão possui previsão para alguma recompensa. A jurista Karina Gomes Cherubini (2007), acertadamente considera que a confissão e da colaboração no âmbito na ação de improbidade prestigiariam o princípio da proporcionalidade na aplicação das sanções descritas na Lei nº 8.429/92, vez que permitiriam gradar a resposta estatal.

Frise-se que a prova disponível no âmbito do processo civil é basicamente documental, testemunhal e pericial, admitindo-se inclusive a recepção de prova emprestada, como ratifica o Superior Tribunal de Justiça em entendimento pacífico. Todas as naturezas de

provas produzidas em processo criminal que verse sobre os mesmos fatos poderão servir de empréstimo durante a instrução de ação de improbidade, em respeito ao princípio da celeridade processual, como expresso no Recurso especial – Resp 1163499/MT, Rel. Min. Mauro Campbell Marques. Admitindo-se, inclusive, a utilização de interceptação telefônica, vez que mesmo sua previsão restrinja-se à esfera probatória criminal, garantida sua produção sob os pressupostos do contraditório e da ampla defesa, conforme REsp 1122177/MT, Rel. Min. Herman Benjamin.

As vantagens da Lei de Improbidade Administrativa e os avanços já alcançados em sua interpretação ainda apresentam resultados pouco expressivos quando comparado com outros âmbitos de responsabilização. Em levantamento realizado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ o processamento de agentes públicos por prática de crimes contra a administração pública era cinco vezes maior do que o número de ações de improbidade administrativas processadas para o mesmo período. Considerando a lógica empregada por José Guilherme Giacomuzzi (2002, p.55) de que todo ilícito penal contra a Administração configurará, em tese, ato de improbidade administrativa, e que o mesmo não se aplica, resta claro que existe uma sub responsabilização não-penal.

2- PECULIARIDADES DA AO ACORDO NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O sistema de repressão criminal brasileiro tem superado as expectativas na proteção da Administração Pública, experiência que está relacionada ao emprego da Lei 12.850/2013, originalmente aplicada ao combate de tráfico de entorpecente e terrorismo, mas que inova no sistema jurídico brasileiro com a previsão da colaboração premiada. O referido mecanismo disponibiliza para o réu a possibilidade de auxiliar nas investigações ainda em curso em troca de benefícios processuais, e não somente aguardar a resposta judicial. A medida tem sido eficaz no combate à corrupção, além de adequar-se ao sistema jurídico brasileiro que tem privilegiado a solução pacífica de conflitos.

No modelo decisório judicial tradicional a sentença é a síntese entre a tese e antítese apresentadas pelas partes. Há no modelo decisório tradicional a sujeição da parte perdedora à vencedora. Segundo a teoria do reconhecimento de Axel Honneth (2003, p.276-277), a participação em um demanda judicial importa na luta pelo reconhecimento de direitos pelo legislativo e judiciário, havendo na hipótese de vitória a confirmação da condição do

indivíduo como sujeito dotado de direito, enquanto da parte vencida passa a não se reconhecer como indivíduo merecedor. Sob essa perspectiva, a decisão judicial embora solucione controvérsias, em boa medida, também opera exclusão.

A busca pela satisfação e eficácia das decisões judiciais tem inspirado o resgate das primitivas técnicas consensuais como alternativas de solução de conflitos. O consenso e a colaboração passam a ser prestigiados nas demandas judiciais. O Brasil não se fez indiferente a este movimento, inclusive porque sua própria constituição privilegiava em seu preâmbulo a solução pacífica das controvérsias.

A experiência consensual é estendível a qualquer parte. O Estado que figura como parte em diversas demandas judiciais também pode celebrar acordo, basta que expresse vontade convergente com o adversário. A alegórica indisponibilidade do interesse público, que impediria a pactuação estatal, tem sido mitigada, especialmente porque o direito sancionador estatal tem admitido um modelo híbrido (GARCIA, 2016), no qual, sem dispor inteiramente do bem jurídico tutelado e transige em relação a alguns aspectos.

O poder público tem sido pactuante em termos de ajustamentos de conduta, parte em transações, e celebrado acordos de colaboração. Porém, o grande destaque é atribuível às popularmente conhecidas “delações premiadas”. Na lição de Otavio Luiz Rodrigues Junior (2006) o referido instituto manifesta-se por negócio jurídico responsável por estabelecer nova proposição jurídica além das existentes. Onde a prestação de informações imprescindíveis para conclusão das investigações tem seu “prêmio” em liberar o devedor, enquanto a não prestação importa a “pena” de exigir de seu patrimônio, ou, excepcionalmente, de sua liberdade ambulatoria, o ressarcimento.

O modelo negocial a muito vem sendo aplicado nos EUA, por meio dos acordos entre a acusação (prosecutors) e o acusado (defendant) na troca de informação e prêmio (bargain) (SILVA, 2003). Enquanto na Itália o instituto da delação premiada (patteggiamento) apresenta expoentes de máxima efetividade no combate aos crimes contra a administração pública após sua implementação na Operação Mãos Limpas que resultou na punição de pessoas ligadas a todo tipo de escândalos envolvendo a máfia italiana e importantes políticos (SILVA, 2003).

No Brasil, a experiência negocial ainda demanda regulamentação específica. Em relação a alguns procedimentos de proteção à administração pública, falta mais do que a verificação da adequação da colaboração premiada, como é o caso da ação de improbidade administrativa, onde a mais simples manifestação consensual é proibida. Conforme o §1º do

17 da Lei nº 8.429/92 não se admite para ação de improbidade administrativa, nem acordo, nem transação, muito menos práticas negociais da natureza da improbidade administrativa.

É de se questionar se mesmo diante dos pactos internacionais para promoção de práticas alternativas para solução de conflitos que a referida norma ainda viva. Ademais, poderia ela opor-se ao art.4º, inciso VII da Constituição Federal/88 que indica ser princípio norteador da nação a “solução pacífica de conflitos”?

Ainda sob a perspectiva da interpretação legal, poder-se-ia perseguir a autorização da aplicação do acordo de leniência ao réu em ação de improbidade administrativa. O acordo previsto na Lei nº 12.846/13 versa sobre a responsabilização administrativa-civil da pessoa jurídica. A partir desta previsão, tendo por orientação o princípio da proporcionalidade, tratando-se de natureza sancionatória análoga àquela por ato de improbidade administrativa, seria possível supor a compatibilidade de sua aplicação para Lei nº 8.429/92. Desta forma, mais uma vertente para investigação é possível sob orientação da máxima latina “in eo quod plus est semper inest et minus”, pois admitindo-se a leniência em favor de pessoas jurídicas, indaga-se ser admissível também para pessoa física.

Merece ser interpretado frente às novas tendências alternativas para solução de conflitos e a compatibilidade das ferramentas disponíveis precisam ser discutidas, para que seja possível confirmar ou não a compatibilidade das espécies de colaboração premial, tanto próprias do sistema criminal, quanto do sistema de responsabilização administrativa das pessoas jurídicas.

As discussões sobre possibilidade de fomento da colaboração para as ações de improbidade administrativa se acentuaram em razão de breve experiência de revogação do §1º do art.17 da Lei 8.429/92, por meio da Medida Provisória nº703 de 18 de dezembro de 2015. Sendo importante considerar que mesmo após o retorno dos efeitos da vedação, a jurisprudência nacional fixa entendimentos sobre possibilidades negociais.

A Lei nº 12.850/2013 regulamenta a possibilidade de “colaboração premiada” onde conforme o art.4º, aquele que colaborar voluntariamente poderá alcançar perdão ou reduzir sua punição. A contribuição, porém, não se refere à simples confirmação das informações já conhecidas, seja na fase policial ou judicial, mas terá seu mérito na apresentação fatos novos, que possibilitem a responsabilização de indivíduos não identificados.

Outra experiência de colaboração conhecida no sistema brasileiro é o acordo de leniência introduzido no sistema brasileiro para defesa da concorrência junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Trata-se da pactuação com empresas e seus

representantes para interrupção de condutas ilegais e fornecimento de informações. As hipóteses de admissão desta modalidade de acordo são específicas e sua aplicação encontra-se vinculada à responsabilização de pessoas jurídicas.

A Lei nº 12.529/2011 que admite a celebração de acordos de imunidade administrativa e criminal por condutas atentatórias contra o sistema econômico. A Lei 12.846/2013, também denominada como anticorrupção, responsabiliza administrativa e civilmente pessoas jurídicas que ofendam a administração pública, e prescreve expressamente possibilidade do acordo de leniência desde que este possibilite a identificação dos demais envolvidos e obtenção célere de informações. Os acordos para fornecimento de informações têm permitido não somente no âmbito criminal, mas também no administrativo em relação às pessoas jurídicas ampliar o espectro probatório, alcançando outros responsáveis além dos conhecidos e identificando valores provenientes de ilícitos.

Não existem evidências científicas seguras de que a subutilização da ação de improbidade administrativa decorra da vedação às práticas consensuais. Todavia, a proibição expressa de práticas consensuais contida na Lei nº 8.429/92 precisa ser observada frente aos princípios processuais, inclusive porque seu afastamento retira a disponibilidade de uma alternativa de defesa réu, que é permitida segundo a processualística civil e encontra amparo com o princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa.

A flexibilização da proibição ao acordo, porém, manifesta-se como uma realidade enfrentada no Brasil. Autorizações pontuais estão sendo realizadas no país, justificadas para proteção da defesa. Ocorre que a possibilidade desta autorização deve ser enfrentada segundo o princípio do devido processo legal.

3-RELATIVIZAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL PARA APLICAÇÃO DO CONSENSO E COLABORAÇÃO NA AÇÃO DE IMPROBIDADE

A ação de improbidade administrativa destinada ao processamento do ato improprio é classificada como *sui generis*, posto que apesar de ser regida pelas normas do Código de Processo Civil, recepciona as garantias constitucionais penais (JORGE, 2006, p.260). Garantias essas que assumem uma posição subsidiária no exercício do poder sancionador do Estado, já que defluem de uma origem comum, e as normas penais, em razão de sua maior severidade, outorgam garantias mais amplas ao cidadão (GARCIA, 2006, p. 29). Desta forma,

a aplicação ou não dos dispositivos da ação de improbidade administrativa deve ser analisada frente ao sistema principiológico constitucional.

A vedação às práticas consensuais descrita no §1º do art.17 da Lei 8.429/92 tem sido discutida quanto à sua validade legal frente ao sistema jurídico nacional, diante do compromisso constitucional de solução pacífica dos conflitos. Em algumas situações, apesar da restrição, acordos de leniência têm sido celebrados no âmbito das ações de improbidade administrativa.

Ocorre que, enquanto a constitucionalidade não é questionada, nem tão pouco se define orientação para restrição de sua interpretação, o dispositivo encontra-se em plena vigência. A proibição expressa para acordos, quaisquer práticas desta natureza que sejam aplicadas ofenderão ao procedimento, sendo necessário verificar a sua validade (CABRAL, 2006). Embora a própria estrutura procedimental do processo seja resultado da concatenação de fases, assim organizadas para comportar alterações é a adequação formal e material ao devido processo legal que determinará a regularidade da mudança.

O princípio do devido processo legal comporta, ainda, duas dimensões, a material e a formal. O conteúdo material significa que o Estado não pode privar arbitrariamente os indivíduos de certos direitos individuais, para que haja restrição deve haver razoabilidade na medida (LIMA, 1999, p.194-196). Enquanto sob o ponto de vista formal, o devido processo legal significa a obediência aos mandamentos legais relativos ao procedimento, quais sejam, os princípios do acesso à justiça, do direito de ação, do juiz natural, do contraditório, da ampla defesa, da motivação da sentença (LASPRO, 1995, p.87-88).

As modificações procedimentais não são um fim em si mesmo se prestam a uma finalidade, que não meramente política, mas devem expressar sua compatibilidade com a ordem jurídica vigente e com os princípios processuais constitucionais. Nesta toada, a aplicação do acordo nas ações de improbidade adequam-se aos movimentos mundiais de pacificação consensual dos litígios, além de resguardarem garantias como o contraditório e a ampla defesa, razoável duração do processo, igualdade relacional.

Trícia Cabral (2010) em produção sobre o tema da flexibilização processual identifica que a alteração dos procedimentos decorre do princípio enunciado como princípio da adaptação, que não se confunde nem com fungibilidade, que é a admissão de mais de um meio idôneo, nem com a conversão, onde a utilização de um meio é modificada para outro. Porém, mesmo que se explique o fenômeno da flexibilização para a utilização do acordo

como um incidente processual é necessário que verifique a compatibilidade com os demais princípios e qual a fundamentação para alteração.

No sistema democrático vigente, a garantia ao contraditório e a ampla defesa é condição para garantia do processo justo, posto que deriva do princípio político da própria participação democrática (DUARTE, 2013). Já a igualdade relacional expressa o princípio da isonomia, ponto de partida para que haja harmonia e equilíbrio (TUCCI, 2011). Ressalta Fábio Medina Osório que o devido processo legal admite construções hermenêuticas mais ricas e coerentes em torno dos direitos de defesa, e especificamente sob suas palavras é por esta razão que: o STF tem caminhado no sentido de aquilatar os direitos de defesa, incluído o contraditório, dentro do devido processo legal (OSÓRIO, 2015, p.441).

A primeira vista, considerando a amplitude deontológica contida no princípio do devido processo legal verifica-se ser ele capaz de sintetizar os demais, como um super princípio. Sob o aspecto material, a celebração de colaboração nos moldes do acordo de leniência, como já é admitido para pessoa jurídica, não se apresentaria restrição à manifestação de vontade do réu, visto que o modelo empregado nas negociações premiaias tem sido o da proposta ser ofertada pelo acusado.

Não havendo limitação aos direitos do réu, vez que decorre de sua manifestação de vontade, as condições de admissibilidade do acordo dependerão da correção da negociação a ser estabelecida entre as partes. A livre pactuação não afasta o interesse público, que embora não possa obstaculizar o acordo, não pode ser ignorado, de modo que toda pactuação deve ser submetida à homologação judicial. Sendo importante considerar que:

o fator de caráter ideológico, que está evidentemente radicado na concepção negocial da verdade processual, deriva da conhecida e já recordada concepção do processo civil segundo a qual esse seria somente uma <coisa privada das partes>, com a consequência de que no processo deveria ocorrer tudo aquilo que as partes quisessem e nada mais ou diferente em relação a isso (TARUFFO, 2012, p.147-148)

A flexibilização da proibição ao acordo, embora afronte diretamente o dispositivo legal, quando proposto pelo réu sob argumento da amplitude do contraditório e ampla defesa, e autorizado pelo magistrado, pode operar efeitos válidos sem alegação de ofensa ao devido processo legal, posto que havendo o respeito aos demais princípios processuais e garantindo-se o respeito do fins da ação de improbidade, qual seja imprimir sanção e permitir a recuperação de valores desviados do erário, é medida que deve ser estabelecida e recomendada.

Mesmo que o ideal para a Lei nº 8.429/92 fosse a revogação da vedação ou até mesmo sua decreto de inconstitucionalidade frente ao compromisso de resolução pacífica dos

conflitos, impõe-se a admissão do acordo sempre que requerido pelas partes e seja materialmente possível.

Ainda sobre as vedações constantes na ação de improbidade administrativa, deve-se observar a situação da indisponibilidade dos bens, que contou com uma interpretação ampliativa, para admitir-se a restrição patrimonial mesmo sem a comprovação do risco de dilapidação. O patrimônio do cidadão também se encontra abarcado pelo princípio do devido processo legal, onde somente após o processo, ou seguindo-se estrito procedimento é que poderia haver a limitação.

A ação de improbidade administrativa já foi protagonista de aplicação restritiva do devido processo legal com a sua relativização em relação a indisponibilidades dos bens. Uma das importantes ferramentas disponíveis na Lei nº 8.429/92 para recuperação de valores pertencentes ao erário é a medida cautelar para indisponibilidade de bens. Conforme art. 7º da Lei de Improbidade Administrativa prevê medida cautelar para indisponibilidade de bens destinado a assegurar o resultado útil do ressarcimento perseguido.

O Superior Tribunal de Justiça pacificou um entendimento já a muito ventilado pela doutrina, de que a prova do risco de dilapidação dificultaria o procedimento e que o risco encontrar-se implícito na existência da prova indiciária do ato de improbidade. Conforme referência realizada no Recurso Especial nº 1.115.452/MA, de relatoria do Ministro Herman Benjamin, em 20 de abril de 2010, o “periculum in mora” necessário à concessão da medida cautelar de indisponibilidade estaria implícito no comando legal que autoriza a referida medida.

A experiência da indisponibilidade dos bens, mesmo tendo sua interpretação em prejuízo dos réus, foi resultado de decisões esparsas que se amparavam na garantia da instrução processual para limitação cautelar do patrimônio. De igual maneira, o posicionamento sobre a revogação da vedação ao acordo é consequência necessária para coerência sistêmica de um ordenamento que respeita as resoluções pacíficas. Assim, considerando que a manutenção da proibição do acordo retira do réu a possibilidade de ofertar uma proposta que será instrumento de defesa, precisa de forma urgente ser discutida e pensada.

Ademais, em um sistema marcado pela influência das práticas consensuais para solução de conflitos, especialmente em relação à Administração Pública, não se pode admitir que haja uma vedação legal que contrarie o sistema geral do Código de Processo Civil, segundo o qual está disciplinada a ação de improbidade. Após a edição da Lei 13.140/2015

que deu nova redação à norma processual civil inaugurou-se movimento legal de promoção do acordo e prestígio das práticas autocompositivas, heterocompositivas ou combinadas.

O resultado da vigência do Código Processo Civil é a flagrante antinomia entre as normas de promoção do acordo e a vedação descrita na Lei de Improbidade Administrativa. Embora cronologicamente o fomento ao acordo seja mais recente, a Lei 8.429/1992 figura como norma especial em relação à Lei 13.140/2015. As regras hermenêuticas de validade não poderão solucionar o conflito aparente, porém uma interpretação sistêmica admite a aplicação das técnicas alternativas de solução de conflito à ação de improbidade. A técnica hermenêutica a ser utilizada será flexibilização da vedação, que não contrariará o princípio do devido processo legal, posto que ao privilegiar a proteção dos direitos fundamentais do cidadão ofendido, permitindo-lhe negociar sua sanção, é norma passível de aplicação e coexistência jurídica.

4- CONCLUSÃO

O consenso e a colaboração há muito alcançam espaço no sistema jurídico brasileiro. A própria colaboração já se manifestava sob a forma do acordo de leniência, antes da colaboração. Enquanto nos Juizados Especial Estaduais e Federais identificava-se a resposta não contenciosa da composição civil e transação. No âmbito das tutelas coletivas já era possível a celebração de compromisso de ajustamento de conduta. E mesmo a conciliação e mediação cíveis expressavam o êxito de soluções construídas com a colaboração das partes.

Embora a jurisprudência pátria já esboce engajado movimento para recompensar os colaboradores, a admissão da colaboração que permitiu significativos resultados no âmbito criminal permitiria a ampliação probatória. A contribuição de integrante de organização criminosa, em relação ao qual dever-se-ia estabelecer litisconsórcio passivo necessário, se apresentaria como importante instrumento de reforço para as ações de improbidade administrativa.

As ações de improbidade possuem vantagens particulares, vez que não admitem o foro privilegiado e comportam um maior rol de responsabilização. Assim, mesmo as ações criminais admitindo possibilidades de repatriação de valores desviados, o importante instrumento da ação de improbidade administrativa merece alcançar pelas possibilidades de colaboração admitidas pelo sistema jurídico brasileiro.

As conclusões alcançadas por meio deste trabalho confirmam a hipótese primária traçada pelo trabalho de compatibilidade da ação de improbidade administrativa com as práticas negociais, sobretudo porque o combate à corrupção deve ser no Brasil uma prática que congregue os seus vários âmbitos de responsabilização. Ademais, as práticas consensuais mostram plena adequação com o interesse público, especialmente quando representam a solução mais vantajosa para Administração Pública.

A confirmação da hipótese primária afastou a hipótese secundária em que se cogitava a incompatibilidade. Desta forma, embora não existe uma resposta a ser fornecida pelo presente trabalho sobre qual dos mecanismos consensuais deve ser aplicado, alcançou-se a firma posição de que a vedação constante na Lei de Improbidade Administrativa não pode ser obstáculo para celebração de acordos destinados à moralização pública.

Assim, em que pese à vedação legal à utilização das práticas consensuais no âmbito de responsabilidade por improbidade administrativa não se justifica sua manutenção diante do atual estágio de evolução do sistema jurídico e da própria sociedade. O consenso, que representa a cultura do diálogo, é meio adequado para aproximação e pacificação dos conflitos, não devendo ser mantida a aparente antinomia entre o §1º do art.17 da Lei 8.429/1992, vez que sua interpretação sistêmica, admite sua flexibilização em respeito aos princípios e garantias fundamentais do cidadão, tais como o acesso à justiça e garantia ao contraditório e ampla defesa, alcançando como resultado a efetiva promoção da moralidade administrativa.

5- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVRITZER, Leonardo; FILGUEIRAS, Fernando. **Corrupção e controles democráticos no Brasil**. Brasília, DF: CEPAL. Escritório/IPEA, 2011. (Textos para Discussão CEPAL – IPEA, 32). 40p. Disponível em:
<http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=9732>.
Acesso em: 10 jul. 2017.

BRASIL, Lei 8.429, 02 de jun. de 1992. Dispõe sobre as ações aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em:

_____. Medida Provisória nº703. Altera a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, para dispor sobre acordos de leniência. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Mpv/mpv703.htm>. Acesso em 18 fev. 2016.

_____. **Conselho Nacional de Justiça**. CNJ Serviço: Entenda a diferença entre Ação Popular e Ação Civil Pública. 21 dez. 2015. Disponível em: <www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81222-cnj-servico-entenda-a-diferenca-entre-acao-popular-e-acao-civil-publica>. Acesso em: 10 jul. 2017.

_____. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso: 05 de mai. 2017.

_____. Lei 12.846/2013. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em: 20 jul. 2017.

_____. Lei 13.105/2015. Código de Processo Civil. 17 mar. 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm#art373>. Acesso em 21 jul. 2017.

_____. Lei nº12.529/2011. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 20 jul. 2017.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Flexibilização procedimental. **Revista eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, ano 4, vol. VI, jun/dez 2010.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Direito e processo disciplinar**. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1996.

CHERUBINI, Karina Gomes. Ampliação da delação premiada aos atos de improbidade administrativa. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1519, 29 ago. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10340>>. Acesso em: 21 fev. 2016.

CRUZ, André Gonzalez. Voz do delator: Delação premiada é mal necessário que deve ser restrito. *Consultor Jurídico*. São Paulo, 30 out 2006 < <http://conjur.estadao.com.br/static/text/49661,1>> . Acesso em: 19 fev. 2016.

DUARTE, Antonio Aurélio Abi Ramia. Os princípios do Projeto do Novo Código de Processo Civil: visão panorâmica. **R. EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 61, p. 47-71, jan.-fev.-mar. 2013.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa**: doutrina, legislação e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2012.

GARCIA, Emerson. A consensualidade do direito sancionador brasileiro: potencial incidência no âmbito da Lei 8.429/92. **CONAMP**. Disponível em: <<https://www.conamp.org.br/pt/convenios/siena-corretora-de-seguros/item/1745-a-consensualidade-no-direito-sancionador-brasileiro-potencial-incidencia-no-ambito-da-lei-n-8-429-1992.html>>. Acesso em: 22 jul. 2017.

_____. A corrupção. Uma visão jurídico-sociológica. **Revista Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 233: 103-139, J ul./Set. 2003. p.130. Disponível em: <<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/45445-93000-1-PB.pdf>>. Acesso em 15 jul. 2017.

_____. A Lei de Improbidade e a Dosimetria de suas sanções. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 58, 2006.

GIAMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e boa-fé da administração pública**: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa. São Paulo: Malheiros, 2002.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. Tradução Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003.

JORGE, Flávio Cheim. **A tutela da probidade administrativa**: crime de responsabilidade ou ação civil de improbidade administrativa? *Revista de Processo*, n. 131. São Paulo: RT, jan. 2006.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. **Duplo grau de jurisdição no direito processual civil**. Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman. Vol.33. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1995.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido processo legal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1999.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 2. Ed. São Paulo: ed. RT, 2005.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Considerações sobre a coação como elemento acidental da estrutura da norma jurídica: a idéia de pena e sanção premial. Arquivos do Ministério da Justiça. Brasília, ano 51, nº 190, jul/dez 2006, p. 287-310.

SILVA, Eduardo Araújo da. Crime organizado, procedimento probatório. São Paulo: Atlas, 2003.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O devido processo legal**: uma visão pós-moderna. Bahia. Editora JusPodivm. 2008.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Trad. Vitor de Paula Ramos. Madri: Marcial Pons, 2012.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. ed.4, São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

ZAMPIER, Deborah. **Agência CNJ de Notícia**. Judiciário julgou quase 63 mil processos da meta anticorrupção do CNJ. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81015-judiciario-julgou-quase-63-mil-processos-da-meta-anticorruptao-do-cnj>>. Acesso em 18 de fev. 2016.