

APROVADA POR UNANIMIDADE

A alienação antecipada de bens na ação civil pública por ato de improbidade administrativa

Luís Gustavo Patuzzi Bortoncello³⁵

Ao invés da supra-infra-ordenação de Hans Kelsen, a teoria desenvolvida pelo jurista argentino Ricardo Lorenzetti, inspirada no sistema solar – que coloca a Constituição Federal no lugar do sol, os códigos substituem os planetas e as leis extravagantes tomaram o posto dos satélites naturais – melhor exemplifica o atual cenário jurídico. Não é mais o civil e o penal que ocupam o centro do direito, mas o constitucional, a partir de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

Dentre as perspectivas defendidas pelos neoconstitucionalistas³⁶, podem ser citadas: força normativa à Constituição, alterando-se sua percepção de mero documento político para verdadeira norma jurídica vinculante³⁷; novo tratamento hermenêutico conferido às regras e aos princípios, ante a insuficiência das técnicas interpretativas clássicas³⁸; alteração da forma de solução de conflitos, com a inclusão de técnicas de ponderação e teorias de argumentação³⁹; mudança na teoria da norma, com reconhecimento da distinção entre norma e enunciado normativo⁴⁰; reconhecimento de normatividade

³⁵ Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais.

³⁶ Os adeptos do neoconstitucionalismo buscam embasamento no pensamento de juristas que se filiam a linhas bastante heterogêneas, como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago Nino, e nenhum destes se define hoje, ou já se definiu, no passado, como neoconstitucionalista. Tanto dentre os referidos autores, como entre aqueles que se apresentam como neoconstitucionalistas, constata-se uma ampla diversidade de posições jusfilosóficas e de filosofia política: há positivistas e não positivistas, defensores da necessidade do uso do método na aplicação do direito e ferrenhos opositores do emprego de qualquer metodologia na hermenêutica jurídica, adeptos do liberalismo político, comunitaristas e procedimentalistas (SARMENTO, Daniel. *Por um Constitucionalismo Inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio De Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 233).

³⁷ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008.

³⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 10.

³⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

⁴⁰ AVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores, p. 22.

aos princípios com consequente influência na interpretação de todas as normas do ordenamento⁴¹, constitucionalização do direito a partir da irradiação das normas constitucionais por todos os demais ramos jurídicos⁴²; e, releitura do direito sob influência dos postulados da ética e da moral⁴³.

No Brasil, o neoconstitucionalismo começa a ser desenhado a partir da Constituição da República de 1988, fruto do processo de redemocratização pelo qual o país passou no final da década de 1980⁴⁴, em substituição ao regime político ditatorial anterior implantado desde o golpe de 1964⁴⁵. A Constituição de 1988 já em seu art. 1º previu expressamente que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito e, em consequência desse processo de valorização democrática, trouxe um extenso catálogo de direitos individuais, políticos e sociais; firmou uma maior aproximação do direito com a moral através da inclusão de direitos humanos em seu texto; previu a aplicabilidade imediata de seus dispositivos⁴⁶; ampliou as espécies de remédios constitucionais; contribuiu para a expansão do controle social sobre políticas públicas; aumentou o número de legitimados ao processo de controle de constitucionalidade, e, ainda, forneceu fundamentos para a formação da doutrina da eficácia horizontal dos direitos fundamentais⁴⁷.

A singela pretensão destas mal traçadas linhas consiste em demonstrar a necessidade de superação de alguns paradigmas da ciência processual, sobretudo quando confrontados com valores expressos na Constituição Federal. Trata-se, mais precisamente, da concepção mofada e preguiçosa de que medidas de natureza cautelar adotadas antes do provimento jurisdicional final constituem violação ao princípio do contraditório/ampla defesa e, principalmente, da presunção de inocência. Busca-se, ao contrário, a valorização de outros elementos, como efetividade do processo, preservação e recomposição do patrimônio e menor onerosidade para o acusado.

I. Democracia e República:

A organização da vida social lida, inevitavelmente, com a distribuição de poder no interior de uma sociedade organizada. Afasta a possibilidade de estabelecimento, em qualquer comunidade

⁴¹ FERNANDES, Roberto Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 37.

⁴² SCHIER, Paulo Ricardo. *Filragem constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

⁴³ KANT, Emmanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad. Antonio Pinto de Carvalho. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1964, p. 90.

⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. Doze Anos da Constituição Brasileira de 1988. In: *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

⁴⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 22ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, pp. 88/89.

⁴⁶ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1988.

⁴⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

nacional contemporânea, de um regime anarquista puro – inexecutável em face da complexidade das relações sociais modernas –, surge a necessidade de delegação de poder a determinadas pessoas, com o propósito de que o exerçam para melhorar as condições de vida da comunidade. A democracia representativa dá, portanto, a tônica da vida política moderna⁴⁸.

O ideal democrático se amalgama com a noção de república, estabelecendo uma nova relação entre meio e fim: a democracia é o conduto através do qual a melhoria da qualidade de vida da sociedade deve ser perseguida. Isso porque aos representantes eleitos é atribuído o encargo de gerirem bens que não lhes pertencem, mas sim a toda coletividade. Administram a coisa pública (*res publica*). É esta, portanto, a finalidade do sistema político representativo: aqueles que exercem as funções políticas devem fazê-lo exclusivamente em benefício da comunidade, ou seja, de forma republicana.

A evolução política da humanidade nos legou o governo republicano e democrático como sistema mais perfeito (ou menos imperfeito). Segundo o princípio democrático, deve ser assegurado ao cidadão o direito de eleger conscientemente seus representantes – o que, todavia, nem sempre ocorre, haja vista que o processo político permite que as escolhas dos eleitores sejam motivadas por considerações imediatistas de outras ordens. Já segundo o princípio republicano, os representantes eleitos devem agir em benefício da coletividade, gerindo a coisa pública exclusivamente com vistas ao bem coletivo – o que, igualmente, nem sempre ocorre, posto que os agentes públicos por vezes utilizam os elevados cargos que exercem em benefício pessoal ou em desconformidade com o interesse público.

O termo *responsabilidade* é aqui empregado em sentido amplo, significando apenas isso: o *dever de prestar contas em decorrência do exercício de poder e para que possa ser aferido se o poder está sendo exercido corretamente*. Neste ponto, apresenta-se profícua a utilização da noção de *public accountability*, corrente no pensamento político e jurídico-constitucional norte-americano. A expressão não possui tradução literal em português. Poderíamos dizer que significa algo como responsabilidade pública, consistente no fato de que incide sobre os agentes públicos a responsabilidade por suas ações, bem como o dever de explica-las quando solicitado. Michal W. Dowdle, em obra sobre o tema, arrisca a seguinte conceituação: “*Em sua essência, a ideia de responsabilidade pública parece expressar a crença de que pessoas com responsabilidades públicas devem responder ‘ao povo’ pela performance de seus deveres*”⁴⁹.

Assenta-se, portanto, naquilo que o constitucionalista norte-americano Bruce Ackerman chamou de *economia da virtude*. Trata-se de estruturar o sistema política de forma que este dependa o

⁴⁸ GHIGNONE, Luciano Taques. In: *Farias*, Luciano Chaves de; OLIVEIRA, Alexandre Albagi; GHIGNONE, Luciano Taques. *Estudos sobre Improbidade Administrativa*. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 53.

⁴⁹ Idem, fl. 60.

mínimo possível da virtude de seus representantes. Em outras palavras, é importante que o sistema político conte com meios de se preservar contra governantes eventualmente não virtuosos, de forma a impedir-lhes de minarem as bases sobre as quais se assenta a república democrática.

II. Ideologia constitucional de probidade administrativa. A moralidade administrativa como direito fundamental do cidadão e *dever* da Administração Pública:

Não há dúvida de que a Constituição Federal de 1988 é documento normativo de Estado e da sociedade, definindo por meio de regras e dos princípios acima mencionados, as relações políticas e sociais a serem desenvolvidas no seio da sociedade brasileira, no trato da *res publica*. Como assevera Clèmerson Merlin Clève, com apoio de García de Enterría:

“As Constituições, agora, são documentos normativos do Estado e da sociedade. A Constituição representa um momento de redefinição das relações políticas e sociais desenvolvidas no seio de determinada formação social. (...) A Constituição opera força normativa, vinculando, sempre, positiva ou negativamente, os Poderes Públicos. Os cidadãos tem, hoje, acesso direto à normatividade constitucional, inclusive para buscar proteção contra o arbítrio ou a omissão do Legislador”.⁵⁰

É necessário observar o duplo conteúdo do patrimônio público, não só material, porém incorpóreo, por incluir valores morais exigíveis de seus administradores – trata-se do patrimônio público como direito constitucional fundamental, fazendo expresse chamamento ao art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal, da mesma categoria dos direitos humanos. Indispensável avançar para a ética e para a moral na aplicação do direito, com a inevitável conclusão de que a moralidade administrativa é direito fundamental do cidadão (art. 5º, LXXIII, da CF) e *dever* da Administração Pública (art. 37, *caput*, da Magna Carta)⁵¹.

Defende-se que a Administração Pública não age apenas de acordo com a lei. Subordina-se aos princípios – que constituem abstração lógica sobre os dados que o direito positivo oferece – e ao que se pode chamar de bloco de legalidade, sendo necessário atentar-se para a moralidade administrativa, a boa-fé, a igualdade, a boa administração, a razoabilidade e a proporcionalidade. Entende-se, assim, que a improbidade administrativa se qualifica pela finalidade do ato, desviado do

⁵⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; OLIVEIRA, Alexandre Albagli Oliveira; GHIGNONE, Luciano Taques. *Estudos sobre Improbidade Administrativa*. 2ª edição. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 35.

⁵¹ MELO, José Tarcízio de Almeida. Prefácio à 3ª edição da obra *Controle do Patrimônio Público*, de autoria de Fernando Rodrigues Martins, publicada pela Editora Revista dos Tribunais em 2010.

interesse público, que é indisponível, ao contrário do Direito Privado, em que os negócios, em sua maioria, são realizados segundo a vontade do agente⁵².

A homogeneização a que se devem vincular os juristas é outra, ou seja, à ideologia normativo-constitucional da probidade administrativa. Esse é o ponto de convergência, o foco a ser priorizado pelo intérprete, especialmente de Constituições sociais e dirigentes como a Constituição de 1988. Como observa Lenio Luiz Streck:

“(...) A Constituição é, assim, a materialização da ordem jurídica do contrato social, apontando para a realização da ordem política e social de uma comunidade, *colocando à disposição dos mecanismos para a concretização do conjunto de objetivos traçados no seu texto normativo deontológico*. Por isso, as Constituições Sociais devem ser interpretadas diferentemente das Constituições Liberais. O *plus* normativo representado pelo Estado Democrático de Direito resulta como um marco definidor de um constitucionalismo que soma a regulação social com o resgate das promessas da modernidade”.⁵³

Não se deve, portanto, ter dúvida quanto à força vinculativa da ideologia constitucional da probidade na Administração Pública, uma das metas da República Federativa do Brasil, e que nada mais é senão a vontade popular convertida em norma principiológica da mais elevada hierarquia, e que se opõe vigorosamente à chamada cultura de improbidade administrativa, historicamente presente nos círculos do poder dominante no Brasil⁵⁴.

III. A elite da improbidade administrativa: resistência e laxismo

Em 27 de dezembro de 1939, Edwin H. Sutherland, durante uma exposição perante a Sociedade Americana de Sociologia, estabeleceu um conceito que, conquanto construído a partir de baldrames sociológicos, tornou-se referência no âmbito do estudo do ilícito: *white-collar crime*. Ao apresentar as conclusões decorrentes de seus estudos, Sutherland identificou os *white-collar crimes* como aqueles ilícitos perpetrados por pessoas que possuem uma privilegiada posição social, desde que cometidos na esfera de suas atividades profissionais. Tal definição, conforme aduziu o próprio Sutherland, não objetivava estabelecer um conceito definitivo de criminalidade do colarinho branco,

⁵² Idem.

⁵³ In: *Hermenêutica jurídica e(m) crise – uma exploração hermenêutica da construção do direito*, 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

⁵⁴ BERTONCINI, Mateus. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; OLIVEIRA, Alexandre Albagli Oliveira; GHIGNONE, Luciano Taques. *Estudos sobre Improbidade Administrativa*. 2ª edição. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 35.

mas, especialmente, visava chamar atenção para uma cifra criminosa que não se encontrava, via de regra, em estatísticas⁵⁵.

Desde as pesquisas de Sutherland percebe-se que cidadãos economicamente abastados podem cometer, tanto quanto os “comuns”, ilícitos penais, cíveis e administrativos, não havendo, desse modo, motivos racionais de cunho político-jurídico para que inexistam um rígido controle sobre infrações por aqueles cometidas. Contudo, passados mais de setenta anos desde a completa configuração do conceito *white-collar crime*, os elaboradores das leis e os seus aplicadores continuam, frequentemente, a conferir um tratamento favorecido e desigual ao delinquente econômico, ao ímprobo, se comparado ao infrator comum.

As observações de Ela Wiecko Volkmer de Castilho são perspicazes:

“O controle jurídico-penal revela a contradição fundamental entre a igualdade formal dos sujeitos de direito e a desigualdade substancial dos indivíduos, que se manifesta nas probabilidades de alguém ser definido e controlado como desviado. (...) o *status* conferido a certos indivíduos por parte daqueles que detêm o poder de criar e aplicar normas é distribuído desigualmente (...) a seleção é um fato inquestionável, tanto na criminalização primária como na secundária. Nesta última, os estudos evidenciam que a variável independente mais importante é a posição ocupada pelos indivíduos na escala social (...).⁵⁶

De fato. A percepção de a ação interventiva do direito penal só se voltar praticamente à proteção de bens jurídicos de cunho liberal-iluminista e, conseqüentemente, tentar neutralizar, de forma paliativa e seletiva, a conduta criminosa das massas, soma-se à generalização de um discurso de resistência ao reconhecimento em todas as esferas (legislativa, doutrinária e jurisprudencial) da integral tutela penal de bens jurídicos de relevância social, que carregam consigo a nota da supraindividualidade, atingidos, em sua maioria, por condutas dos representantes de uma delinquência economicamente graduada⁵⁷.

A aproximação do direito penal, em se tratando de atos de improbidade administrativa, que não raro constituem, também, *white-collar crimes*, serve para demonstrar que, no que tange aos atos de improbidade administrativa, em especial aqueles geradores de prejuízo ao erário e enriquecimento ilícito do administrador, a tutela constitucional revela a mesma timidez da penal, senão maior.

⁵⁵ Sutherland anotou que cerca de sessenta por cento das empresas americanas tiveram uma média de quatro acusações cada, número este que, em vários estados dos EUA, caso fosse relacionado a delinquentes comuns, seria passível de considerar seus autores como criminosos habituais. In: SALGADO, Daniel de Resende. *Garantismo Penal Integral*. CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; e, PELELLA, Eduardo. 2ª ed. Salvador: Jus Podvim, 2013, pp. 57/58.

⁵⁶ *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, pp. 45/46.

⁵⁷ SALGADO, Daniel de Resende. In: *Garantismo Penal Integral*. CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; e, PELELLA, Eduardo. 2ª ed. Salvador: Jus Podvim, 2013, p. 59.

Enquanto a jurisprudência não vacila e existe um princípio de ativismo judicial na garantia de direitos fundamentais de 2ª dimensão, em especial no acesso à saúde, a jurisdição constitucional revela uma anemia constrangedora quando se depara com atos de improbidade administrativa, resistindo o Estado-juiz ao máximo para constranger a pessoa ou o patrimônio do ímprobo, em qualquer fase do processo.

IV. Garantismo processual, legalismo exacerbado, constitucionalismo anêmico e inatividade jurisdicional. A subsunção do fato à norma:

O direito é um sistema de garantias e, como sistema, deve ser visto como um conjunto, um todo indivisível, cuja proteção exacerbada e desproporcional de um de seus pontos de apoio seguramente gerará desproteção ou prejuízo a outro.

O emprego do processo como instrumento de garantia não consiste simplesmente em *legalismo*, pois a teoria processual está calcada numa visão procedimental de um direito próprio de um Estado Social e Democrático. É dizer: ao mesmo tempo em que o réu não pode mais ser visto como um *objeto* na instrução processual, e sim como um *sujeito* de direitos, a submissão do juiz à lei não é mais à letra da lei de modo acrítico e incondicionado, senão uma sujeição à lei desde que coerente com a Constituição vista como um todo. A justiça constitucional verdadeiramente indispensável não é a do tribunal constitucional, mas da jurisdição ordinária.

É preciso dizer: sem racionalidade e fundamentação, protegem-se exclusivamente direitos individuais fundamentais sem que se note uma desproporcionalidade em relação aos demais direitos fundamentais que formam a complexa teia de bens e valores que possuem proteção constitucional. Buscando um paralelo no direito penal – situação pouco distante, uma vez que muitos ímprobos formam verdadeiras quadrilhas para enriquecer ilícitamente às custas do erário público – verifica-se que doutrina e jurisprudência tem difundido os *ideais garantistas* sem que se analise pelo menos de um modo minimamente dogmático, o que, efetivamente, consiste em *garantismo penal*. É a *íntegra* de seus postulados (devidamente concatenados) que pretendemos seja aplicada (porque assim a Constituição determina), e não o que tem havido em muitas situações (valorizando-se *unicamente* direitos *individuais* fundamentais) e que temos denominado de *garantismo hiperbólico monocular*, hipótese diversa do sentido proposto por Luigi Ferrajoli⁵⁸. Evidencia-se desproporcionalmente (hiperbólico) e de forma *isolada* (monocular) a necessidade de proteção *apenas* dos *direitos fundamentais individuais* dos cidadãos que se vêem investigados, processados ou condenados.

É certo que o legislador infraconstitucional, ao edificar uma estrutura em que privilegiou a proteção de determinados bens jurídicos, deu nítida prioridade à vida, à integridade física e, só em um

⁵⁸ FISCHER, Douglas. In: *Garantismo Penal Integral*. CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; e, PELELLA, Eduardo. 2ª ed. Salvador: Jus Podvim, 2013, p. 32.

segundo momento, ao patrimônio, em especial o particular. Se partíssemos de forma absoluta de tal premissa, poder-se-ia pensar que a Administração Pública teria sido renegada a um plano absolutamente inferior a todos os demais⁵⁹.

Abordar a alienação antecipada de bens fora das hipóteses restritíssimas previstas em lei(s) (penais) – art. 62, § 4º, da Lei n. 11.343/06 e art. 4º, § 1º, da Lei n. 9.613/98 – geralmente significa despertar defensores das correntes extremadas do garantismo processual que abominam sua adoção baseando-se em supostos paradigmas, como se fossem insuperáveis e como se fatalmente restariam violados em caso de adoção da medida: violação à presunção de inocência, ausência de permissivo legal, por inexistência de norma expressa e, por último, violação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Curioso é verificar que, na maioria das vezes, a covardia e o conservadorismo de muitos juízes utilizam da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana para proteger direitos exclusivamente patrimoniais, muitos supérfluos, como manter em poder do ímprobo mansões, carros de luxo, coberturas no litoral e assim por diante. O conservadorismo do Estado-juiz priva a legislação de sua eficácia.

A alienação antecipada de bens na ação civil pública por ato de improbidade administrativa consiste na realização antecipada do direito da parte, fruto de manifestação de uma visão instrumentalista da ciência processual, junto das necessidades do direito material, sendo, portanto, uma tutela jurisdicional diferenciada⁶⁰. Em tutela de urgência, o escopo maior deve ser permitir o provimento jurisdicional final com a maior efetividade possível, em especial dar uma resposta justa e adequada à sociedade, para haver um melhor ressarcimento ao erário e manter a credibilidade das instituições públicas, protegendo assim o próprio objeto jurídico tutelado⁶¹.

O processo deve se prestar, portanto, não apenas a dar solução à lide, tutelando o direito violado, mas, principalmente, deve buscar a produção dos efeitos desejados no comando jurisdicional, pois só assim ele será realmente efetivo⁶². Vale lembrar o pensamento de John Stuart Mill, discípulo de Jeremy Bentham, que desenvolveu o princípio da *utilidade*, ou, como Bentham o chamou, princípio da *maior felicidade*, que considera que as ações são corretas à medida que tendem a promover a felicidade e incorretas quando tendem a produzir o contrário da felicidade.

A pretensão, portanto, de que o Estado atue em favor do indivíduo deve decorrer de uma conjunção de fatores, em que a objetividade da proteção ao direito individual de propriedade seja mais

⁵⁹ GRÉGIO, Grécio Nogueira; e, LEMOS, Carlos Eduardo Ribeiro. In: *Garantismo Penal Integral*. CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; e, PELELLA, Eduardo. 2ª ed. Salvador: Jus Podvim, 2013, p. 223.

⁶⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 139.

⁶¹ GRÉGIO, Grécio Nogueira; e, LEMOS, Carlos Eduardo Ribeiro. In: *Garantismo Penal Integral*. CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; e, PELELLA, Eduardo. 2ª ed. Salvador: Jus Podvim, 2013, p. 230.

⁶² ZENKNER, Marcelo. *Ministério Público e a efetividade do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 25.

marcante do que a proteção ao direito de cada indivíduo que necessite das prestações do poder público⁶³. Se colocados em uma balança, nos dizeres de Robert Alexy⁶⁴, entendemos que o maior peso é o do direito da coletividade, que, se vislumbrado sob o direito individual, seria a prevalência do direito de cada cidadão, sobretudo daquele que mais necessita das prestações públicas.

Mantido o modelo atual alimentamos a inoperância do Estado, visto que inoperante está a justiça, incrementando e proliferando a impunidade. Portanto, há lastro suficiente para a adoção da medida, uma vez que o julgador não decide com base em uma única fonte, mas em um complexo de dispositivos sistematicamente posto, todos em movimento de translação ao redor do sol, ou seja, a Constituição Federal. Logo, estratégias de enfrentamento aos corruptos mostram-se sadias e compatíveis com o sistema constitucional, posto que, preservando o todo social, preservar-se-ão direitos individuais.

Para que a alienação antecipada de bens em ação civil pública por ato de improbidade administrativa se realize, entendemos que é fundamental a observância de um trinômio *necessidade/utilidade/proporcionalidade*. Antes, porém, mister a observância de 10 pressupostos, em valorização ao processo como instrumento de garantia: 1) *retributividade* – sucessividade do desfalque patrimonial em decorrência do ilícito administrativo; 2) *necessidade* – somente se deve acorrer à medida quando absolutamente necessária para a recomposição do prejuízo, de modo que se deve buscar a possibilidade de solução do conflito por outros meios; 3) *lesividade* – é a ofensividade do ato, ou seja, além de típico, o ato deve causar efetiva lesividade aos cofres públicos, enriquecimento ilícito ao agente ou violação dos princípios administrativos; 4) *materialidade* – existência de elementos materiais do ilícito administrativo, valorizando o *fumus boni iuris*; 5) *culpabilidade* – a responsabilidade é do agente que praticou o ato ou daquele indevidamente auferiu vantagem com o ato ímprobo; 6) *jurisdicionalidade* – o devido processo legal está relacionado diretamente também com a estrita obediência que a medida seja aplicada por quem investido de jurisdição à luz das competências previstas na Constituição; 7) *demanda* – separação entre juiz e autor da ação, ou seja, a alienação antecipada não pode ocorrer *ex officio*; 8) *encargo da prova* – é do autor o ônus de apresentar elementos suficientes de autoria/materialidade do ato ímprobo (*fumus boni iuris*) e da necessidade de se resguardar a recomposição ao erário (*periculum in mora*); 9) *contraditório* – a inadmissibilidade de procedimentos kafkianos; 10) *instrumentalidade* – formação de autos autônomos para a avaliação, nomeação de administrador provisório e alienação antecipada dos bens, com posterior depósito do produto em conta judicial após o adimplemento das despesas para apreensão, recolhimento, administração e alienação.

⁶³ GRÉGIO, Grécio Nogueira; e, LEMOS, Carlos Eduardo Ribeiro. In: *Garantismo Penal Integral*. CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; e, PELELLA, Eduardo. 2ª ed. Salvador: Jus Podvim, 2013, p. 233.

⁶⁴ *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução para o espanhol por Carlos Bernal Pulido. 2ª ed. Madrid: CEPC, 2007.

A necessidade reside, pois, na recomposição do dano causado ao erário, na ilicitude do enriquecimento ilícito ou na violação dos princípios administrativos. A utilidade, por sua vez, consiste numa análise estreita da *utilidade/adequação*. Um conjunto de salas comerciais, todas locadas para terceiros, por exemplo, não precisam ser alienadas, devendo haver a indisponibilidade do bem, com anotação na matrícula do imóvel, e o direcionamento dos alugueres para a conta judicial. A *proporcionalidade*, por sua vez, reside no atendimento da *menor onerosidade ao devedor*, princípio que regula a execução civil⁶⁵.

Vejamos dois exemplos verificados em ações civis públicas por atos de improbidade administrativa ajuizadas em comarcas do quente e carente norte mineiro. No primeiro, após o deferimento do pedido de antecipação de tutela, de cunho cautelar, houve constrição e recolhimento de um veículo pertencente ao prefeito ímprobo, qual seja, uma Range Rover Evoque Dynamic 2.0, automática, ano/modelo 2012, avaliada atualmente em R\$ 167 mil. À época da apreensão, seu valor de mercado alcançava R\$ 237 mil. No segundo, entre os bens constritos pelo Poder Judiciário encontravam-se 2 mil cabeças de gado da raça nelore, com aproximadamente 200 dias de vida. Em geral, a idade ideal para abate de um boi desta raça alcança 794 dias, quando, a partir de então, o ganho de peso não compensa a despesa de criação e ainda ocorre uma perda gradativa na qualidade da carne.

No caso do veículo de luxo e considerando o tempo médio de tramitação de uma ação civil pública (algo em torno de dez anos) e a depreciação potencializada pelo efeito do tempo, seu valor de mercado não alcançaria R\$ 80 mil, além de, aproximadamente, outros R\$ 20 mil necessários para reparos exigidos pela inatividade. Ou seja, se a Range Rover, por ocasião da apreensão, tivesse sido alienada, com o produto da venda depositado em conta judicial, haveria disponível para a recomposição do erário o total de R\$ 487.295,77. Porém, infelizmente, o conservadorismo judicial impediu a alienação e deixou o automóvel sob o efeito do tempo em um pátio do órgão de trânsito, rendendo, ao final da demanda, pouco mais de R\$ 50 mil.

Utilizando o exemplo das 2 mil cabeças de gado nelore, seu valor de mercado, por conta da tenra idade dos bovinos, seria diminuto em relação à época adequada para abate. Todavia, gado para abate não é marcado, ou seja, impede uma melhor fiscalização, além de gerar um gasto extraordinário para criação, como pastagem, ração e manejo. Aqui, dois cenários podem surgir: o ímprobo pode substituir o gado periodicamente, mantendo intacto o seu negócio, ou, no pior cenário, deixar o bovino à míngua, o que consiste inclusive num crime ambiental tendo o Estado como partícipe (adotando a teoria formal-objetiva, pois, para os adeptos da teoria do domínio do fato, o ente estatal, de prejudicado, seria elevado a coautor).

⁶⁵ Art. 620 do CPC. Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor.

Nas duas situações trazidas à baila, retiradas de situações concretas, não restam dúvidas que a alienação antecipada dos bens resguardaria a melhor e justa recomposição do erário e, até mesmo, preservaria o patrimônio do réu em caso de improcedência do pedido, uma vez que, ao final, receberia ele o valor depositado, com juros de mora e correção monetária, em montante suficiente para a aquisição de bem da mesma natureza (ou de qualidade superior).

V. Todos iguais, mas uns mais iguais que os outros:

Numa ação civil pública por ato de improbidade administrativa o objeto jurídico tutelado não é só o Estado, mas a própria administração da justiça, visto que, em conformidade com as lições de Fragoso, “atingem a justiça como instituição e como função, prejudicando-a em sua realização prática e ofendendo-lhe o prestígio e a confiança que deve inspirar”.⁶⁶

Assim, cabe a seguinte indagação: qual a igualdade perseguida pela justiça? Aquela prevista no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, que prevê que todos são iguais perante a lei, ou aquela cunhada por George Orwell, autor de *A Revolução dos Bichos*, para quem todos são iguais, mas alguns são mais iguais do que os outros. Na fábula de Orwell, proclamada a revolução pelos bichos, sob a chefia de esperto porquinho, com o propósito inicial de afastar a tirania dos humanos, finalmente ele e seus pares assumem a condução da fazenda, mantendo, porém, todos os demais na mesma subserviência a que submetidos anteriormente, subserviência em homenagem a cuja extirpação a revolução se fizera.

Na medida em que a Constituição de 1988 estabelece um novo paradigma no campo jurídico-político, exsurto o Estado Democrático de Direito como um *plus* normativo em relação às fases/dimensões estatais anteriores (Estado Liberal e Estado Social), torna-se absolutamente relevante que (re)discutamos o perfil a ser assumidos pelas instituições encarregadas da defesa da ordem jurídica – entendida esta em sua dimensão material – a partir do que dispõe o núcleo político da Carta⁶⁷. Resta cristalino que o *Direito não se imuniza aos saltos paradigmáticos do Estado*. O perfil nitidamente intervencionista que caracterizou o Estado Social e que continua presente no atual estágio do Estado Democrático de Direito aponta para um Direito de conteúdo não apenas ordenador (Estado Liberal) ou promovedor (Estado Social), mas, sim, potencialmente transformador.

Conclusão:

⁶⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal especial*. São Paulo: José Bushtasky, 1977.

⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Ministério Público e Jurisdição Constitucional na Maioridade da Constituição – uma Questão de Índole Paradigmática*. In: RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (org.). *Ministério Público: Reflexões sobre Princípios e Funções Institucionais*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 183.

Portanto, em ação civil pública por ato de improbidade administrativa, havendo o deferimento de pedidos de antecipação de tutela, de cunho cautelar, com a consequente indisponibilidade/apreensão de bens (móveis ou imóveis), a alienação antecipada, com o depósito do produto em conta judicial, configura a melhor forma de recompor o prejuízo causado ao erário ou, até mesmo, de entregar ao sujeito passivo, em caso de improcedência do pedido, montante suficiente para a aquisição de bem de valor igual ou superior daquele alvo da constrição judicial.

Para tanto, sugere-se a formação de procedimento apartado, em estrita observância ao trinômio *necessidade/utilidade/proporcionalidade*, com a demonstração concreta do preenchimento de dez requisitos – *retributividade, necessidade, lesividade, materialidade, culpabilidade, jurisdicionalidade, demanda, encargo da prova, contraditório e instrumentalidade* – mantendo o processo como instrumento de garantia e melhor resguardando o direito fundamental coletivo à justa recomposição do erário e a ideologia constitucional da probidade administrativa.

A fórmula aqui proposta garante instrumentalidade para demandas pouco atraentes às estatísticas impostas pelo Conselho Nacional de Justiça mas tão caras à sociedade, sobretudo em tempo de ficha limpa e força ativa da Constituição. O direito fundamental da probidade não gera o *direito alienável de sonégá-lo*, sob pena de a jurisdição *es como la serpiente; solo pica al descalzós*. Ou na melancólica conclusão, que deve, todavia, ser sempre combatida no dia a dia de todo e qualquer Estado: muito embora todos sejam (ou devessem ser) iguais, “alguns são mais iguais do que os outros”.

BIBLIOGRAFIA:

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- AVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores.
- BARROSO, Luís Roberto. *Doze Anos da Constituição Brasileira de 1988*. In: Temas de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; e, PELELLA, Eduardo. *Garantismo Penal Integral*. 2ª ed. Salvador: Jus Podvim, 2013.
- CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer. *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

- FARIAS, Luciano Chaves de; OLIVEIRA, Alexandre Albagi; GHIGNONE, Luciano Taques. Estudos sobre Improbidade Administrativa. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2013.
- FERNANDES, Roberto Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- FRAGROSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal especial*. São Paulo: José Bushtasky, 1977.
- KANT, Emmanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad. Antonio Pinto de Carvalho. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1964.
- MARTINS, Fernando. *Controle do Patrimônio Público*, 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais em 2010.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2007.
- OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008.
- RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (org.). *Ministério Público: Reflexões sobre Princípios e Funções Institucionais*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 183.
- SARMENTO, Daniel. *Por um Constitucionalismo Inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio De Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 22ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- _____. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1988.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise – uma exploração hermenêutica da construção do direito*, 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- ZENKNER, Marcelo. *Ministério Público e a efetividade do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 25.