

## A TUTELA CAUTELAR EM AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: A TEMERÁRIA FLEXIBILIZAÇÃO DOS REQUISITOS PARA SEU DEFERIMENTO

Fretz Sievers Junior  
Paola de Castro Esotico

### RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar o pedido de tutela cautelar em uma ação de improbidade administrativa e sua compatibilidade da Lei de Improbidade Administrativa (LIA) com o atual Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015). Foi realizado um levantamento bibliográfico sobre o tema e uma análise crítica sobre os dispositivos legais na LIA em seus artigos 9º (enriquecimento ilícito), artigo 10º (danos ao erário) e o artigo 11º (violação dos princípios da administração pública). E realizado uma análise da pesquisa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) referente aos processos compreendidos entre os anos de 2010 e 2013 de ações transitadas em julgado de cada tribunal, nas considerações finais apura-se por meio do presente artigo a plena compatibilidade dos institutos das cautelares previstos no atual CPC/2015 com as que já se encontram na própria LIA.

**Palavras chaves:** Tutela Cautelar. Ação de Improbidade Administrativa. Ação Civil Pública. Código de Processo Civil 2015. Direito Administrativo.

### ABSTRACT

This article aims to analyze the request for precautionary protection in an administrative improbity action and its compatibility with the Administrative Improbity Law (LIA) with the current Civil Procedure Code of 2015 (CPC / 2015). A bibliographic survey was carried out on the subject and a critical analysis of the legal provisions in the LIA in its articles 9 (illicit enrichment), article 10 (damages to the purse) and article 11 (violation of the principles of public administration). An analysis of the National Council of Justice (CNJ) research regarding the cases between the years 2010 and 2013 of final and unappealable actions of each court was carried out, in the final considerations it is verified through this article the full compatibility of the institutes of the precautions provided for in the current CPC / 2015 with those already in the LIA itself.

**Keywords:** Guardianship. Administrative Improbity Action. Public Civil Action. Civil Procedure Code 2015. Administrative Law.

### 1. Introdução

A improbidade administrativa é regulamentada pela Lei nº 8.429 de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa – “LIA”), que, em linhas gerais, tem por finalidade combater os atos que contrariam a moralidade da Administração Pública que acabem, ao final, resultando em enriquecimentos ilícitos, prejuízos ao erário, totalmente em desacordo, assim, com os princípios que regem a Administração Pública, estabelecidos no artigo 37 da Constituição Federal.

Há, no bojo de referida lei, a previsão da possibilidade de deferimento de medidas cautelares que, em síntese, visam assegurar a efetividade e o resultado do processo, ou seja, a efetivação do direito de uma eventual e futura condenação.

É nesse sentido o art. 16 da LIA, por exemplo, que disciplina que, se houver fundado indício de responsabilidade, poderá ser processado o pedido de sequestro, mencionando expressamente os arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil (“CPC/1973”).

Considerando que a LIA foi promulgada em 1992, por certo que os artigos supramencionados se referem ao Códex Processual revogado, tendo em vista o diploma atualmente em vigor foi promulgado apenas em 2015, pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (“CPC/2015”).

Daí já sobressai o primeiro questionamento que pretendemos aclarar neste artigo: há compatibilidade entre a LIA e o atual CPC/2015?

O artigo acima citado é apenas um dos que prevê hipótese de deferimento de cautelar, sendo possível citar também que o art. 7º da LIA regulamenta a possibilidade de indisponibilidade de bens e o art. 20º mencionada lei determina o afastamento do agente público, quando se fizer necessário para a instrução processual.

A aplicação subsidiária do CPC/1973 encontrava remissão nos arts. 16 e 17 da LIA, mencionando dispositivos que regulamentavam o procedimento cautelar. Numa primeira análise, parece possível asseverar que também haveria compatibilidade de tal lei com o CPC/2015, o que será mais bem aclarado neste estudo.

Apesar da possibilidade de deferimento de medidas cautelares no bojo de ações de improbidade administrativa, um estudo do Conselho Nacional de Justiça (“CNJ”) de 2015, que analisou processos de improbidade administrativa enquanto ainda vigorava o CPC/1973 – ou seja, em um momento em que não havia dúvidas quanto à possibilidade de aplicação do procedimento cautelar previsto em tal Codex à LIA – mostrou que, a contrário do que acredita o senso comum, o deferimento de tutelas provisórias (já adotando a atual denominação do CPC/2015) não se mostra comum em sede de ações de improbidade administrativa. O percentual de demanda sem o deferimento inicialmente foi bastante expressivo, correspondendo a 85% (oitenta e cinco por cento)<sup>1</sup> das decisões proferidas.

Tal fato sugere, portanto, que a análise da questão ora proposta – isto é, a compatibilidade das tutelas de urgência previstas pelo CPC/2015 com a LIA, bem como as vantagens e desvantagens acerca da utilização das mencionadas tutelas – apenas sob o campo doutrinário não será suficiente, sendo necessário também debruçar-se sob casos concretos na tentativa de identificar os critérios adotados pelo Poder Judiciário para o deferimento de tutelas

<sup>1</sup> Lei de improbidade administrativa: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade. Coordenação Luiz Manoel Gomes Júnior, equipe Gregório Assegra de Almeida... [et al.]. – Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015, p. 38.

provisórias em sede de ação de improbidade administrativa, bem como a valoração dos princípios constitucionais envolvidos nesta questão e, a partir daí, avaliar a efetiva utilização de decisões de cognição sumária como medida de efetividade ao combate dos atos de improbidade.

Assim, pretende-se realizar uma pesquisa de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4), Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso (TJMT), Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte (TJRN), Tribunal de Justiça do Pará (TJPA) e Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP).

Os Tribunais supra referidos foram justamente aqueles analisados pelo CNJ no estudo anteriormente mencionado<sup>2</sup>.

O que o presente artigo propõe, portanto, é a análise da compatibilidade entre o CPC/2015 e a LIA e, especialmente, a utilização das tutelas provisórias como instrumento para efetivo combate à corrupção.

A partir da análise de jurisprudência ora proposta, pretende-se identificar os critérios adotados pelos E. Tribunais Pátrios para deferimento das medidas cautelares previstas na LIA e realizar uma análise crítica da jurisprudência atual.

Nesse universo, pretende-se contribuir para a relevante tarefa de colaborar com o debate sobre a tutela jurisdicional eficiente em relação à improbidade administrativa, suficiente à caracterização do progresso e avanço no combate à corrupção, visando, assim, a eticidade e a moralidade da administração pública e uma ordem jurídica justa.

## 2. Improbidade Administrativa.

É sabido que a improbidade ou corrupção administrativa causa imensuráveis danos ao interesse do Estado e da sociedade brasileira. A Lei nº 8.429/92, também conhecida por Lei de

<sup>2</sup> Por ocasião da elaboração do mencionado estudo, o CNJ justificou que a eleição do TJSP teve como fato essencial a quantidade de processos em tramitação nesta Unidade da Federação, havendo, assim, a possibilidade de uma amostra mais significativa, merecendo destaque também a quantidade de Câmaras de Direito Público deste Tribunal, o que produz uma quantidade de decisões sem a necessária uniformização, o que justifica uma análise mais detalhada dos casos.

Também conforme o CNJ, o estado do Mato Grosso, por sua vez, tem uma das únicas varas especializadas no julgamento de Ações Populares e Ações de Improbidade, com um Tribunal de Justiça de tamanho reduzido, o que tornou relevante os dados que foram coletados pelo estudo do CNJ para fins estatísticos.

Já o estado do Rio Grande do Norte merece atenção por melhor representar o Nordeste brasileiro, o que destacou a sua relevância para a obtenção de amostras estatísticas. Sendo um estado de médio porte, com menor população e menor número de varas da Fazenda Pública, possibilitou um estudo de realidade oposta às anteriores, conforme constou no mencionado estudo.

Já o estado do Pará teria sido escolhido pelo CNJ por possuir diversas comarcas, com um volume de processos que tornou justificável a sua escolha como representante do Norte do país.

Por fim, ainda conforme o CNJ, a pesquisa não seria completa sem a análise das decisões da Justiça Federal, tendo-se optado pelo TRF4 pela quantidade de estados sob a sua jurisdição e, ainda, por representar o Sul do país<sup>2</sup>.

Para fins da pesquisa do CNJ foram considerados somente os dados referentes a processos compreendidos entre 2010 e 2013, de ações transitadas em julgado e fornecidos por cada tribunal.

Improbidade Administrativa (“LIA”) foi aprovada para servir de instrumento para combater essa mazela.

O normativo em comento estabelece medidas cautelares para resguardar o êxito das futuras sanções a serem impostas, impedindo, assim, que o interesse público seja prejudicado em decorrência do tempo. Assim, este estudo trata justamente dessas medidas emergenciais como instrumentos para o pleno combate à corrupção.

Insta compreender, por primeiro, quais condutas conduzem à improbidade administrativa.

O conceito de *improbidade* está intimamente ligado a desonestidade, má fama, incorreção, má conduta, má índole, mau caráter, de modo que a Improbidade Administrativa está, assim, intimamente relacionada com as práticas na administração pública dos atos de seus agentes públicos na máquina pública que desrespeitem os princípios constitucionais estabelecidos no art. 37 da Constituição Federal sujeitando seus agentes, assim, à responsabilização em conformidade com a LIA.

A lei com comento estabelece tipifica 4 (quatro) condutas que se configuram como improbidade administrativa.

O artigo 9º da LIA conceitua a improbidade administrativa por enriquecimento ilícito, referindo-se à obtenção de qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida pelo agente público auferida em razão do desempenho de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas do artigo 1º<sup>3</sup>.

Em síntese são os atos praticados por 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.

Para configurar um ato de improbidade administrativa no artigo 9º da Lei 8.429/92 precisa completar os seguintes requisitos: a) recebimento de vantagem indevida, independente de prejuízo ao erário; b) conduta dolosa por parte do agente ou do terceiro; c) nexo causal ou etiológico entre o recebimento da vantagem e a conduta daquele que ocupa o cargo ou emprego, detém mandato, e exerce função ou atividade nas entidades mencionadas no artigo 1º da LIA.

<sup>3</sup> “Art. 1º 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 cinqüenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.”

O artigo 10º da LIA, por sua vez, trata da improbidade administrativa por danos ao erário relacionados com a ação ou omissão do agente, dolosa ou culposa que acarreta a perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens da Administração Pública e demais entidades mencionadas no artigo 1º da LIA.

A caracterização desta espécie de improbidade administrativa, no caso, é a ocorrência de lesão ao erário, sendo irrelevante o eventual enriquecimento ilícito do agente público ou do terceiro, como por exemplo quando o agente público que realiza uma operação financeira de grande risco, sem autorização legal, causando perda financeira aos cofres públicos. Neste artigo exige a comprovação do elemento subjetivo (dolo ou culpa) do agente e o nexo de causalidade entre ação/omissão do agente e o respectivo danos ao erário.

A partir da promulgação da LC nº 157/2016, a LIA foi alterada para também prever um novo tipo de improbidade administrativa – até então eram três espécies – passando a disciplinar a improbidade de corrente da concessão, aplicação ou manutenção de benefício tributário em desconformidade com a legislação tributária.

Em outras palavras, a configuração deste ato de improbidade em questão depende da concessão, aplicação ou manutenção de benefício financeiro ou tributário relacionado ao ISS em contrariedade ao *caput* e § 1º do art. 8º-A da LC nº 116/2003, também incluídos pela LC nº 157/2016<sup>4</sup>.

O artigo 11 da LIA trata da improbidade administrativa por violação aos princípios da administração pública, que pode decorrer de uma conduta comissiva ou omissiva, que esteja em desconformidade com os princípios da Administração Pública encontradas no artigo 37 da CF<sup>5</sup>, que versa a necessidade de se observar os princípios da razoabilidade, proporcionalidade, finalidade pública, continuidade, autotutela, consensualidade/participação, segurança jurídica, confiança legítima, boa-fé pelos agentes públicos, assim conceituados pelo art. 2º da LIA.

<sup>4</sup> “Art. 8º-A. A alíquota mínima do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza é de 2% (dois por cento). (Incluído pela Lei Complementar nº 157, de 2016)

§ 1º. O imposto não será objeto de concessão de isenções, incentivos ou benefícios tributários ou financeiros, inclusive de redução de base de cálculo ou de crédito presumido ou outorgado, ou sob qualquer outra forma que resulte, direta ou indiretamente, em carga tributária menor que a decorrente da aplicação da alíquota mínima estabelecida no caput, exceto para os serviços a que se referem os subitens 7.02, 7.05 e 16.01 da lista anexa a esta Lei Complementar. (Incluído pela Lei Complementar nº 157, de 2016)

§ 2º. É nula a lei ou o ato do Município ou do Distrito Federal que não respeite as disposições relativas à alíquota mínima previstas neste artigo no caso de serviço prestado a tomador ou intermediário localizado em Município diverso daquele onde está localizado o prestador do serviço. (Incluído pela Lei Complementar nº 157, de 2016).

§ 3º. A nulidade a que se refere o § 2º deste artigo gera, para o prestador do serviço, perante o Município ou o Distrito Federal que não respeitar as disposições deste artigo, o direito à restituição do valor efetivamente pago do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza calculado sob a égide da lei nula. (Incluído pela Lei Complementar nº 157, de 2016)”.

<sup>5</sup> “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...).”

É interessante notar que a pena para enriquecimento ilícito decorrente da violação a princípios da constituição se mostra inferior às penas dos demais tipos de improbidade.

Isso não significa um desprestígio aos princípios constitucionais previstos no art. 37 da CF, mas única e exclusivamente que quem cometeu o primeiro tipo de improbidade, muito provavelmente terá cometido os outros, e responderá pelo que for mais grave. Não é possível, por exemplo, enriquecer ilicitamente sem agir ilegalmente, ferindo os princípios da administração pública.

Quando se fala em improbidade como ato ilícito, como infração sancionada pelo ordenamento jurídico, deixa de haver identidade entre as expressões improbidade e imoralidade, porque aquela tem um sentido muito mais amplo e muito mais preciso, que abrange não só atos desonestos ou imorais, mas também e principalmente atos ilegais<sup>6</sup>.

O artigo 37, § 4º, da Constituição prevê lei que estabeleça a forma e gradação das medidas previstas no dispositivo.

A primeira observação que se propõe é no sentido de que um ato de improbidade administrativa pode corresponder a um ilícito penal, se puder ser enquadrado em crime definido no Código Penal ou em sua legislação complementar. É o que decorre da própria redação do dispositivo constitucional, quando, depois de indicar as medidas sancionatórias cabíveis, acrescenta que a lei estabelecerá sua forma e gradação “sem prejuízo da ação penal cabível”.

Pode ocorrer, assim, que algum dos ilícitos definidos em lei como ato de improbidade corresponda a um crime definido em lei.

Isso permite deduzir que: (a) o ato de improbidade, em si, não constitui crime, mas pode corresponder também a um crime definido em lei; (b) as sanções indicadas no artigo 37, § 4º, da Constituição não têm a natureza de sanções penais, ou não se justificaria a ressalva contida na parte final do dispositivo, quando admite a aplicação das medidas sancionatórias nele indicadas “sem prejuízo da ação penal cabível”; e (c) se o ato de improbidade corresponder também a um crime, a apuração da improbidade pela ação cabível será concomitante com o processo criminal.

Os agentes públicos podem, assim, ser denunciados por maus feitos. Tais denúncias podem ser apuradas pelo próprio órgão ao qual referido agente é vinculado. Com o advento da rede mundial de computadores, as instituições públicas em seus sítios eletrônicos encontram-se

<sup>6</sup> PIETRO, D., Zanella, M. S. Direito Administrativo, 32ª edição. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530984830/> Acesso em 6 5 2020

um link chamado ouvidoria, o qual recebem denúncias mesmo que sejam anônimas. Essas denúncias são apuradas pela própria instituição e caso haja indícios de irregularidades dos agentes públicos poderá ser averiguado.

Órgãos de controle, como é o caso do Ministério Público, da Corregedoria da Administração Pública, do Tribunal de Contas, entre outros, também podem receber denúncias contra os agentes públicos.

No caso, o Promotor de Justiça após verificar a denúncia, poderá abrir o inquérito administrativo, que poderá seguir com o seu arquivamento, na hipótese de entender que a denúncia se trata de mero erro operacional, ou com a proposição de Ação Civil Pública para processar o agente público por improbidade administrativa.

Feitos tais esclarecimentos, destaca-se que o presente estudo volta-se aos atos de improbidade estão definidos nos artigos 9º, 10, 10-A e 11 da Lei nº 8.429/92 e ao rito proposto por referida lei. Muitos deles podem corresponder a crimes definidos na legislação penal e a infrações administrativas definidas nos Estatutos dos Servidores Públicos, mas o foco deste artigo será a análise das normas previstas pela Lei nº 8.429/1992, especialmente, o deferimento de medidas cautelares como medida de combate à corrupção e aos atos ímpuros.

Consoante será mais bem explicado, no bojo da LIA, há espaço para se pedir, em caráter cautelar, a indisponibilidade dos bens (art. 7º), para solicitar o sequestro de bens (art. 16), bem como o afastamento do agente da sua função pública (art. 20).

### 3. Agente Público e a Legitimidade dos Atos Administrativos.

Até aqui ficou claro que a improbidade administrativa decorre de atos praticados por agentes públicos em desconformidade com os princípios constitucionais e a boa-fé.

Conforme citado no art. 2º da LIA, agente público é todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função pública.

De forma genérica, agente público é todo aquele que exerce uma função pública.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro propõe que, perante a CF/1988, com as alterações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 18/98, haveria quatro as categorias de agentes públicos: a) agentes políticos; b) servidores públicos; c) militares e d) particulares em colaboração com o Poder Público<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> PIETRO, D., Zanella, M. S. Direito Administrativo, 32ª edição. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530984830/> Acesso em 3 5 2020.

Os agentes políticos são aqueles que são investidos de cargos públicos na organização política do país, formando a estrutura dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Esses agentes possuem vínculo de natureza política e estão vinculados ao regime estatutário, como exemplo temos o presidente da República, governadores do Estado, prefeitos, deputados, senadores, ministro de Estado, secretários municipais e estaduais.

Agentes políticos são espécie de agentes públicos, estando, assim, sujeitos, de uma maneira geral, à mesma disciplina quanto à responsabilidade. Os agentes públicos em geral, e de acordo com doutrina absolutamente uniforme, estão sujeitos a três esferas de responsabilidade: criminal, administrativa e civil.

A responsabilização do agente político pela prática de ato de improbidade administrativa é como a de todo e qualquer agente público que não age de forma proba, sendo decorrência necessária da aplicação do princípio da igualdade.

Ainda em conformidade com a classificação de Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>8</sup>, são servidores públicos, em sentido amplo, as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração Indireta, com vínculo empregatício e mediante remuneração paga pelos cofres públicos.

Compreendem, assim: (i) os servidores estatutários, sujeitos ao regime estatutário e ocupantes de cargos públicos; (ii) os empregados públicos, contratados sob o regime da legislação trabalhista e ocupantes de emprego público; e (iii) os servidores temporários, contratados por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX, da Constituição); eles exercem função, sem estarem vinculados a cargo ou emprego público.

Os da primeira categoria submetem-se a regime estatutário, estabelecido em lei por cada uma das unidades da federação e modificável unilateralmente, desde que respeitados os direitos já adquiridos pelo servidor. Quando nomeados, eles ingressam numa situação jurídica previamente definida e a esta se submetem, sem qualquer possibilidade de qualquer modificação das normas vigentes por meio de contrato, ainda que com a concordância da Administração e do servidor, porque se trata de normas de ordem pública, cogentes, não derrogáveis pelas partes.

Os da segunda categoria são contratados sob regime da legislação trabalhista, aplicável com as alterações decorrentes da Constituição Federal; não podem Estados e

<sup>8</sup> PIETRO, D., Zanella, M. S. Direito Administrativo, 32<sup>a</sup> edição. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530984830/> Acesso em 3 5 2020.

Municípios derrogar outras normas da legislação trabalhista, já que não têm competência para legislar sobre Direito do Trabalho, reservada privativamente à União (art. 22, I, da Constituição). Embora sujeitos à CLT, submetem-se a todas as normas constitucionais referentes a requisitos para a investidura, acumulação de cargos, vencimentos, entre outras previstas no Capítulo VII, do Título III, da Constituição.

Os da terceira categoria, por sua vez, são contratados para exercer funções em caráter temporário, mediante regime jurídico especial a ser disciplinado em lei de cada unidade da federação. Submetem-se a um regime especial para duas hipóteses: servidores admitidos em serviços de caráter temporário ou contratados para funções de natureza técnica especializada.

Os militares são as pessoas físicas que prestam serviços às Forças Armadas – Marinha, Exército e Aeronáutica (art. 142, caput, e § 3º, da Constituição) – e às Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares dos Estados, Distrito Federal e dos Territórios (art. 42), com vínculo estatutário sujeito a regime jurídico próprio, mediante remuneração paga pelos cofres públicos.

Até a Emenda Constitucional nº 18/98 eram considerados servidores públicos, conforme artigo 42 da CF, inserido em seção denominada “servidores públicos militares”. A partir de referida emenda, os militares ficaram excluídos da categoria de servidores públicos<sup>9</sup>.

Os particulares em colaboração com a administração, por fim, são os que exercem uma função pública mesmo que temporariamente. Podem ser requisitos por força de lei, como jurados e mesários ou mesmo voluntários tais como enfermeiras. Aqueles que prestam serviço a permissionários e concessionárias.

Todos estes agentes podem ser responsabilizados pelo cometimento de atos ímparobos.

Fato é que os atos praticados pelos agentes públicos são atos administrativos presumidos verdadeiros e legais até que se prove o contrário, pois há uma presunção de que o agente público, no exercício de uma função pública, respeite o princípio da legalidade.

Neste sentido, a Administração Pública, como regra, não tem o ônus de provar que seus atos são legais e a situação que gerou a necessidade de sua prática realmente existiu, cabendo aquele de interesse provar que o agente administrativo agiu de forma ilegítima. Este atributo está presente em todos os atos administrativos.

Esse princípio, que alguns chamam de princípio da presunção de legalidade, abrange dois aspectos: de um lado, a presunção de verdade, que diz respeito à certeza dos fatos; de

<sup>9</sup> PIETRO, D., Zanella, M. S. Direito Administrativo, 32ª edição. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530984830/> Acesso em 3.5.2020.

outro lado, a presunção da legalidade, pois, se a Administração Pública se submete à lei, presume-se, até prova em contrário, que todos os seus atos sejam verdadeiros e praticados com observância das normas legais pertinentes.

Trata-se, pois, de presunção relativa (*juris tantum*) que, como tal, admite prova em contrário. O efeito de tal presunção é o de inverter o ônus da prova.

A doutrina, por outro lado, tece severas críticas a jurisprudência que, em determinadas hipóteses, entenderia pela presunção de culpa do agente público, dando azo ao postulado do *in dubio pro societate* que consiste em uma técnica para a resolução de dúvida relativa à culpabilidade por meio da presunção de que, se há dúvida quanto à culpabilidade do agente, o mesmo é culpado até prova em contrário.

Referido postulado é abominado pela doutrina, pois poria por terra as garantias constitucionais conferidas a todos os cidadãos e não seria compatível com o Estado Democrático de Direito, mas vem sendo admitido pela jurisprudência<sup>10</sup>.

Também responderá por improbidade administrativa, nos termos da LIA, o terceiro que induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta (arts. 1º e 3º).

<sup>10</sup> Nesse sentido:

“ADMINISTRATIVO. ATO DE IMPROBIDADE. RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUFICIENTE A DESCRIÇÃO GENÉRICA DOS FATOS E IMPUTAÇÕES DOS RÉUS, SEM NECESSIDADE DE DESCREVER EM MINÚCIAS OS COMPORTAMENTOS E AS SANÇÕES DEVIDAS A CADA AGENTE. SUFICIENTES PARA A APURAÇÃO JUDICIAL.

(...)

VII - Não se pode olvidar, ainda, que, nessa fase inaugural do processamento de ação civil pública por improbidade administrativa, vige o princípio *do in dubio pro societate*. Significa dizer que, caso haja apenas indícios da prática de ato de improbidade administrativa, ainda assim se impõe a apreciação de fatos apontados como ímparobos. Nesse mesmo sentido: AgInt no REsp n. 1.614.538/GO, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 16/2/2017, DJe 23/2/2017.

VIII - Correta, portanto, a decisão recorrida, no sentido da reforma do acórdão proferido pela Corte a quo, com a consequente apuração de todos os fatos descritos na exordial acusatória, conforme outrora estabelecido na decisão interlocutória proferida pelo Juízo monocrático.

IX - Agravo interno improvido.

(AgInt no REsp 1684362/SC, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 29/04/2020, DJe 04/05/2020)

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ARTS. 9º E 11 DA LEI 8.429/92. RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. INDÍCIOS DA PRÁTICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. *IN DUBIO PRO SOCIETATE*. DECISÃO DE 1º GRAU RESTABELECIDA, PARA DETERMINAR O PROSEGUIMENTO DA AÇÃO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO (...)

V. Sobre o tema, esta Corte entende que ‘é necessária regular instrução processual para se concluir pela configuração ou não de elemento subjetivo apto a caracterizar o noticiado ato ímparoboso’ (STJ, AgInt no REsp 1.614.538/GO, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 23/02/2017). No mesmo sentido: STJ, AgInt no REsp 1.606.709/RJ, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, DJe de 22/06/2018.

(...)

IX. Agravo interno improvido.

(AgInt no AREsp 1372557/MS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/10/2019, DJe 07/10/2019)

A lei de improbidade administrativa considera como sujeitos ativos o agente público (art. 1º) e o terceiro 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 (art. 3º).

O legislador teve o cuidado de trazer uma definição mais abrangente de agente público para fins da LIA, de modo que não é preciso ser servidor público, com vínculo empregatício, para enquadrar-se como sujeito ativo da improbidade administrativa.

O enquadramento na lei de improbidade exige culpa ou dolo por parte do sujeito ativo. Mesmo quando algum ato ilegal seja praticado, é preciso verificar se houve culpa ou dolo, se houve um mínimo de má-fé que revele realmente a presença de um comportamento desonesto.

A quantidade de leis, decretos, medidas provisórias, regulamentos, portarias torna praticamente impossível a aplicação do velho princípio de que todos conhecem a lei. Além disso, algumas normas admitem diferentes interpretações e são aplicadas por servidores públicos estranhos à área jurídica. Por isso mesmo, a aplicação da lei de improbidade exige bom senso, pesquisa da intenção do agente, sob pena de sobreendar-se inutilmente o Judiciário com questões irrelevantes, que podem ser adequadamente resolvidas na própria esfera administrativa.

Assim como garantido pelos §§ 6º a 8º do art. 17 da Lei nº 8.429/1992, os atos administrativos revestem-se da presunção de legitimidade e legalidade por princípio de Direito Administrativo, o que impede afastar cabalmente a adoção do *in dubio pro societate* em matéria de persecução judicial por suposta improbidade administrativa.

#### **4. A tutela cautelar da ação de improbidade administrativa e as tutelas provisórias do Novo CPC**

Tecidos alguns breves esclarecimentos sobre os atos ímparobos e os sujeitos que podem por eles responder, nos termos da LIA, insta observar outro aspecto da legislação brasileira, de que há uma tendência acentuada de criação de institutos que tenham por finalidade precipitar no tempo a satisfação definitiva.

Também é fato que o provimento judicial definitivo não pode ser dado às partes instantaneamente. O processo judicial é dotado de uma sequência de vários atos essenciais que possibilitam a plena defesa dos interesses das partes, conduzindo, assim, à conclusão lógica de que, entre a interposição da demanda e a sentença – medida judicial satisfativa do direito de ação – há necessidade de certo espaço de tempo, que pode ser maior ou menor, a depender da natureza do processo e da complexidade do caso concreto.

Não há dúvidas, por outro lado, que o transcurso de tempo exigido para a tramitação processual pode acarretar e ensejar inúmeras variações, seja nas pessoas que compõem a relação processual, nas circunstâncias fáticas ou até mesmo nas próprias relações jurídicas envolvidas no litígio.

Especificamente nas ações de improbidade administrativa, da apuração à condenação, percorre-se um longo e difícil caminho para punir atos de corrupção do agente.

Seja para apurar, seja para processar, condenar e punir, fato é que se trata de um procedimento é razoavelmente complexo e referida complexidade pode aumentar a depender das pessoas envolvidas ou da dimensão da improbidade praticada.

Por certo que valores tão relevantes assim erigidos pela Constituição Federal<sup>11</sup> não podem ficar à mercê da lentidão dos órgãos de controle, muito menos da morosidade do Poder Judiciário.

Não há como se contentar, portanto, com a mera outorga à parte litigante do direito de ação, havendo, assim, que se assegurar que o processo também atinja o seu fim precípuo, que é a solução justa da lide.

Percebeu-se, deste modo, que o procedimento *ordinário*, rebatizado pelo CPC/2015 de procedimento *comum* era ineficiente para pacificar todos os conflitos nascidos em uma sociedade pós-moderna<sup>12</sup>.

É nesse contexto que surgem as medidas de antecipação dos resultados práticos do provimento final. Justamente em razão da constatação de que a prestação jurisdicional, quando entregue tarde, equivale à frustração o direito da parte – ainda que parcialmente – é que se passou a reformar o então código processual vigente (CPC/1973), com busca de um sistema de justiça mais célere e eficaz, advindo, nesse contexto, as reformas promovidas pela Lei nº 8.952/1994.

É importante notar que, mesmo antes da reforma de 1994 no CPC/1973, a antecipação do resultado pretendido já era admitida no ordenamento pátrio, pela jurisprudência pretoriana, mediante a extensão do alcance e da finalidade das medidas cautelares.

O *processo cautelar* – ou tutela cautelar, como é chamada no CPC/2015 atualmente em vigor – foi a primeira espécie de tutela de urgência previsto genericamente no ordenamento

<sup>11</sup> A própria Constituição Federal estabelece em seu § 4º, art. 37 que, aqueles que cometem ato de improbidade administrativa, estarão sujeitos às sanções que podem ser: suspensão dos direitos políticos; perda da função pública; proibição de contratar, receber incentivos fiscais e benefícios do Poder Público; e indisponibilidade dos bens e resarcimento ao Erário.

<sup>12</sup> Procedimento este que também rege as ações de improbidade administrativa, nos termos do art. 17 da LIA: “Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

jurídico e era entendido como um processo contencioso, porém, “em vez de preocupar-se com a tutela do direito (*composição da lide*) – função principal da jurisdição -, o processo cautelar exerce função auxiliar subsidiária, servindo à tutela do processo, onde será protegido o direito.”<sup>13</sup>

As medidas cautelares, portanto, são entendidas como medidas de cunho preservativo, com vistas a assegurar a utilidade prática do provimento final.

Há, no bojo da LIA, como já antecipado brevemente, a previsão da possibilidade de deferimento de medidas cautelares que, em síntese, visam assegurar a efetividade e o resultado do processo, ou seja, a efetivação do direito de uma eventual e futura condenação.

Parte da doutrina entende que as medidas cautelares previstas na LIA se classificam em três espécies: (i) indisponibilidade de bens (art. 7º); (ii) sequestro de bens (art. 16); e (iii) afastamento temporário do agente (art. 20, parágrafo único).

Outra parte da doutrina, entende haver, em verdade, quatro espécies de medidas cautelares, entendendo que o art. 16 traria, em verdade, duas espécies distintas de cautelares: (i) o sequestro de bens (*caput*) e (ii) o bloqueio de bens (§ 2º).

Nesse sentido, sob o enfoque desta última corrente doutrinária, haveria: (i) a indisponibilidade dos bens, cabível quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito (art. 7º), devendo recair sobre bens que assegurem o integral resarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito (parágrafo único); (ii) o sequestro, quando houver fundados indícios de responsabilidade, devendo processar-se de acordo com o disposto nos artigos 822 e 825 do CPC; (iii) investigação, exame e bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais (art. 16, § 2º); e, por fim, afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual (art. 20, parágrafo único).<sup>14</sup>

Atualmente, o CPC/2015 sistematiza as tutelas provisórias subdividindo-as em tutelas provisórias de urgência e de evidência (art. 294) e, em seguida, desmembra tais tutelas em provimentos de natureza antecipatória ou cautelar (art. 294, parágrafo único).

<sup>13</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo cautelar. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Livr. e Ed. Universitária de Direito, 2005, p. 23.

<sup>14</sup> PIETRO, D., Zanella, M. S. Direito Administrativo, 32ª edição. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530984830/> Acesso em 25 2020

A tutela cautelar era disciplinada, no CPC/1973, no âmbito do *processo cautelar*, um procedimento específico para concessão das medidas cautelares, fossem amparadas pelo poder geral de cautela do juiz (art. 798 do CPC/1973), ou ainda pela previsão de cautelares típicas, como era o caso do *sequestro*, disciplinado pelo art. 822 do CPC/1973<sup>15</sup>

Ao longo dos anos, contudo, a necessidade de instauração de um processo autônomo para obtenção de uma medida cautelar acabou por se mostrar uma formalidade desnecessária, passando-se a aventar a possibilidade de concessão das medidas cautelares no bojo do próprio processo de conhecimento.

Ainda que deferida no bojo do processo de conhecimento, a tutela cautelar não pode ser confundida com tutela antecipada, havendo uma diferença na natureza de tais provimentos. A tutela antecipada tem um caráter satisfatório, pois objetiva a antecipação do provimento final, ao passo que as medidas cautelares têm um caráter asseguratório, visando assegurar o resultado útil do processo, mostrando-se, assim, um instrumento que serve apenas para que o objeto da demanda não pereça. O objeto da medida cautelar, portanto, não é a composição da lide em si, mas algo acessório a ela<sup>16</sup>.

ARRUDA ALVIM reforça existir uma linha tênue entre as duas medidas<sup>17</sup>, havendo que se concluir que o que importa, do ponto de vista da garantia constitucional à tutela jurisdicional, é que não sejam lesados direitos futuros por conta da demora resultante do processo<sup>18</sup>.

Por certo, assim, que a despeito de não haver mais os procedimentos específicos de medida cautelar que eram estabelecidos no CPC/1973, o CPC/2015 continua prevendo a possibilidade de deferimento de medidas dessa natureza, agora sob a denominação de *tutela cautelar*, prevista no art. 294, parágrafo único.

Quanto ao ponto, aliás, é importante destacar que, a despeito de os arts. 7º, 16 e 20 da LIA preverem procedimentos cautelares específicos, mesmo sob a égide do CPC/1973, a jurisprudência já entendia possível a concessão de outras espécies de medidas cautelares, pautadas no poder geral de cautela do Juiz, previsto no art. 798 do CPC/1973<sup>19</sup>.

<sup>15</sup> Artigo também expressamente mencionado no art. 16 da LIA, como já visto.

<sup>16</sup> ALVIM, Arruda. Manual de direito processual civil. São Paulo: Revista dos Tribunais. 18. Ed. rev. atual. e ampl., 2019, p. 731.

<sup>17</sup> O art. 305, parágrafo único, do CPC/2015 prevê a possibilidade de fungibilidade destes dois institutos.

<sup>18</sup> ALVIM, Arruda. Manual de direito processual civil. São Paulo: Revista dos Tribunais. 18. Ed. rev. atual. e ampl., 2019, p. 732.

<sup>19</sup> Sob a égide do CPC/1973, além dos procedimentos cautelares específicos, poderia o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houvesse fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão de grave e de difícil reparação (art. 798). As providências *típicas* ou *nominadas* tinham, contudo, suas condições e procedimentos prefixados pelo Código de maneira específica, não podendo se invocar tais medidas em casos diferentes daqueles para os quais foram previstas. Eram, nesse sentido, uma limitação ao poder de cautela do juiz, razão pela qual a sua

O CPC/2015, por sua vez, passou a estabelecer expressamente a possibilidade deferimento de tutela de natureza cautelar mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens ou qualquer outra medida idônea para asseguração do direito.

Assim, por estas breves explicações, verifica-se que, a despeito da revogação do CPC/1973 pelo CPC/2015 e da extinção dos procedimentos cautelares típicos anteriormente estabelecidos, as medidas cautelares continuam previstas no Codex processual atualmente em vigor, sob nova roupagem e nomenclatura – tutela cautelar – porém com a mesma essência e finalidade.

A extinção dos procedimentos cautelares típicos é objeto de elogio por parte da doutrina, que salienta que a previsão de requisitos e hipóteses restritas para tais medidas era encarada como um obstáculo ao poder geral de cautela.

## 5. Os requisitos necessários para deferimento de tutelas provisórias em ações de improbidade administrativa

A busca por uma tutela cautelar reside no justo receio de que os efeitos da sentença possam não mais ser úteis quando proferida, em razão do transcurso de tempo entre o ajuizamento do processo e a sua prolação.

O termo *tutela provisória*, gênero do qual a tutela cautelar faz parte, deve ser entendido no sentido de que são tutelas temporárias de um direito provável e não necessariamente no sentido de que serão posteriormente substituídas por uma solução de natureza definitiva.

Em princípio, o deferimento da tutela cautelar parte do pressuposto da urgência e do risco de dano, que, neste tipo de medida, está relacionado ao processo e à demora do provimento final.

Pelo CPC/2015, a tutela cautelar, ao lado da tutela antecipada, exige a demonstração da presença do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

O CPC/2015 traz em seus arts. 305 e seguintes, a regulamentação acerca do procedimento para deferimento da tutela cautelar em caráter antecedente, não disciplinando um procedimento específico para seu requerimento em caráter incidental.

Nem por isso, contudo, pode-se entender que a tutela cautelar não poderia ser deferida durante o trâmite do processo principal, já que o art. 294, parágrafo único, do CPC/2015 determina expressamente esta possibilidade.

Por outro lado, fato é que o CPC se quedou silente quanto à possibilidade de deferimento de tutela de evidência cautelar, outra espécie de tutela provisória e parte da doutrina tem se voltado a criticar duramente a possibilidade de aplicação de tutela de evidência sem demonstração do *periculum in mora*<sup>20</sup>.

O art. 300 do CPC estabelece dois pressupostos à concessão da tutela de urgência, sendo indiferente se cautelar ou antecipatória, que são: (i) a probabilidade do direito e (ii) o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

Não houve, assim, grandes inovações sobre o tema, já que de uma forma ou de outra, a conjugação de tais elementos sempre esteve nas disposições legais a respeito da matéria.

Especificamente no que tange à tutela cautelar, o art. 798 do CPC já previa que, para concessão de tal medida, era necessário que se demonstrasse a plausibilidade do direito alegado (*fumus boni iuris*), bem como o perigo resultante da demora na concessão da medida (*periculum in mora*).

No que concerne ao pressuposto da probabilidade do direito, a parte que a requerer deve demonstrar que seu direito é plausível e que é mais vantajoso conceder tal medida do que não a conceder.

Quanto ao *periculum in mora*, no que tange a tutela cautelar, há que se demonstrar a possibilidade de que a demora no trâmite processual possa interferir no resultado útil do processo.

Está subjacente a este dano, portanto, a própria ideia de utilidade da prestação jurisdicional, qual, se vier a ser outorgada ao autor somente no final, poderá vir a concretizar-se em um momento em que o dano que deveria ser obstado pelo processo não possa mais ser evitado. Por isso o CPC/2015 refere-se ao *perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo*.

<sup>20</sup> O argumento de que a medida cautelar de indisponibilidade de bens prevista no art. 7º da LIA não é uma medida de urgência, mas tutela de evidência e que por isso prescinde da demonstração do perigo de dano, conforme teria restado decidido no Recurso Especial nº 1.319.515/ES (Processo Judicial no. 2012/0071028-0) tem sofrido severas críticas. Na tutela da evidência, por sua vez, que é espécie de tutela antecipada, o direito controvertido, ante a evidência da sua titularidade, é entregue à parte na qualidade de procedência do pedido. Essa modalidade de tutela antecipatória é relacionada à evidência do direito, e por isso somente pode ser concedida quando não é mais preciso a produção de prova para elucidar a matéria por ela abordada (nesse sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 473)

Uma vez que a ação por ato de improbidade administrativa busca o resarcimento ao erário ou restituição de valores indevidamente incorporados ao patrimônio de agentes públicos ou particulares, o *periculum in mora* pode caracterizar-se por sinais concretos de risco de perecimento do direito discutido ou do transcurso do tempo<sup>21</sup>.

Seu fito, portanto, é apenas garantir a utilidade e eficácia da futura prestação jurisdicional satisfativa. Não pode, nem deve, a medida cautelar antecipar decisão sobre o direito material. Não é lícito, assim, ao juiz no âmbito da tutela cautelar, deferir medidas satisfativas, devendo a medida se restringir aos limites do direito cuja realização de se pretende assegurar<sup>22</sup>.

A jurisprudência sempre concordou que o requisito do *fumus boni juris* deve restar presente, já que se constitui na essência do ato improbidade administrativa. Assim, o debate se restringe sobre a necessidade de se comprovar o *periculum in mora* ou se este poderia vir simplesmente presumido em decorrência do ajuizamento da ação.

A doutrina aponta que, com o julgamento do REsp 1.366.721-BA, pela 1a. Seção do STJ, houve a criação de uma perigosa premissa para as ações por ato de improbidade administrativa, que deve ser urgentemente revista ou detalhada, sob pena de a ação tornar-se instrumento de abusos.

Se, por um lado, o já mencionado estudo do CNJ assinalou que as tutelas cautelares eram, em geral, indeferidas nas ações de improbidade administrativas (de 2010 a 2013), em 2014, houve uma reviravolta na jurisprudência pátria, tendo o E. STJ entendido no julgamento do REsp 1.366.721-BA que o pressuposto do *periculum in mora* estaria implícito no comando legal.

Até o emblemático julgamento de 2014, o STJ entendia que a medida de constrição de bens somente poderia ser deferida após se verificar a existência dos pressupostos materiais para decretação da medida, quais sejam, caracterização da fraude e o difícil ou impossível resarcimento do dano, caso comprovado.

No REsp 1.319.515/ES, de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, por sua vez, o STJ defendeu que na medida cautelar de indisponibilidade, prevista no art. 7º da LIA não se vislumbra como uma típica tutela de urgência, mas sim uma tutela de evidência,

<sup>21</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. Periculum in mora presumido. REVISTA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RSTJ, a. 28, (241): 429-668, janeiro/março 2016, p. 499-510.

<sup>22</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo cautelar. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Livr. e Ed. Universitária de Direito, 2005, p. 104.

acrescentando-se que o *periculum in mora* é oriundo da gravidade dos fatos e do montante do prejuízo causado ao erário, e não da intenção do agente em dilapidar seu patrimônio.

O art. 311 do CPC/2015, no entanto, reforça a ideia de que a tutela de evidência somente ocorre quando não há dúvidas quanto ao direito material posto na lide, isto é, diante de elementos perante os quais o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Há, conforme já citado, julgados no âmbito do E. STJ que entendem pela vigência do postulado do *in dubio pro societate*, o que seria, por uma lado, uma flexibilização do *fumus boni iuris*, uma vez que, se houver dúvida quanto à materialidade e autoria, poderá se entender pela presunção de culpa do agente.

Por outro lado, o que se demonstra aqui é que o STJ vem, em outras oportunidades, trilhando seu entendimento no sentido de entender pela desnecessidade da demonstração do *periculum in mora* para decretar indisponibilidade patrimonial em ações de improbidade<sup>23</sup>.

Se, por um lado, tal novel entendimento tende a conduzir a jurisprudência a um maior deferimento de medidas cautelares, combatendo, assim, o expressivo percentual de 85% apontado pelo estudo do CNJ, a doutrina alerta para o fato de que se deve detalhar melhor premissas e pressupostos do julgado repetitivo do STJ, delimitando sua *ratio decidendi* para fins de observância dos precedentes.

Em linhas gerais, é bastante temerário, a uma vez só, flexibilizar-se o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, sendo certo que esse juízo automático não pode ser formulado, eis que cada ação está dotada de inúmeras peculiaridades. Há que se corrigir, pois, a tese conforme a qual o mero ajuizamento de uma ação de improbidade autorizaria, automaticamente, a decretação de bloqueio patrimonial do acusado.

## 6. Do julgamento do REsp nº 1.366.721 pelo rito dos recursos repetitivos e reflexos na jurisprudência pátria

Por ocasião do julgamento do REsp nº 1.366.721, a Primeira Seção do STJ travou debate sobre a possibilidade de se decretar a indisponibilidade de bens do promovido em ação civil pública por ato de improbidade administrativa, quando ausente, ou não demonstrada efetivamente, a prática de atos que induzem a conclusão de risco de atos de alienação, oneração ou dilapidação patrimonial de bens do acionado.

<sup>23</sup> O STF também acolhe esse mesmo entendimento quanto ao tema em exame: “3. É que é pacífico nesta Corte Superior entendimento segundo o qual o periculum in mora em casos de indisponibilidade patrimonial por imputação de conduta improba lesiva ao erário é implícito ao comando normativo do art. 7º da Lei nº. 8.429/1992, ficando limitado o deferimento desta medida acautelatória à verificação da verossimilhança das alegações formuladas na inicial.” (AI 779.400 MT Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI Julgamento: 8.8.2013)

Asseveraram, naquela oportunidade, que legislação estabelece um regime acautelatório próprio a assegurar o ressarcimento dos cofres públicos, em casos de improbidade administrativa, sendo necessária a existência de fortes indícios de responsabilidade do promovido pela prática de ato de improbidade que cause dano ao Erário.

Seria de se notar, assim, que o *periculum in mora* está implícito no próprio comando do art. 7º da Lei n. 8.429/1992 e não estaria condicionado à comprovação de que os réus estejam dilapidando o patrimônio ou de que estejam na iminência de fazê-lo.

Isso porque, como bem ponderado pelo Ministro Herman Benjamin, ao relatar o Recurso Especial 1.115.452/MA (DJ 20/4/2010), “(...) a indisponibilidade dos bens visa, justamente, a evitar que ocorra a dilapidação patrimonial. Não é razoável aguardar atos concretos direcionados à sua diminuição ou dissipação. Exigir a comprovação de que tal fato esteja ocorrendo ou prestes a ocorrer tornaria difícil a efetivação da Medida Cautelar em foco e, muitas vezes, inócuas”.

Ao julgar os embargos de declaração opostos no paradigma em questão, o que só veio a ocorrer em 13.5.2015, quando já publicado o CPC/2015, o STJ emitiu entendimento expresso no sentido de que o sistema da Lei de Improbidade Administrativa admitiu, expressamente, a tutela de evidência<sup>24</sup>. O disposto no art. 7º da aludida legislação, em nenhum momento, exigiria o requisito da urgência, reclamando, apenas, para o cabimento da medida, a demonstração, numa cognição sumária, de que o ato de improbidade causou lesão ao patrimônio público ou ensejou enriquecimento ilícito.

Assim, seria inegável, pois, que a medida cautelar instituída pela LIA apresenta-se com caráter especial – que realça a necessidade de segurança jurídica, não estando submetida,

<sup>24</sup> Confira-se:

“PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. PERIGO NA DEMORA PRESUMIDO. ACÓRDÃO SUBMETIDO AO ART. 543-C DO CPC. HIPÓTESES DO ART. 535 DO CPC. AUSÊNCIA. REDISCUSSÃO DAS QUESTÕES DECIDIDAS. IMPOSSIBILIDADE. PREQUESTIONAMENTO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. DESCABIMENTO.

1. Os embargos de declaração apenas são cabíveis para sanar omissão, contradição ou obscuridade do julgado recorrido, admitindo-se também essa espécie recursal para se corrigir eventuais erros materiais do provimento judicial impugnado.
2. Na espécie, o acórdão recorrido sedimentou o entendimento do STJ, no sentido de que, caso o magistrado constate a existência de fortes indícios da prática de ato ímparo capaz de lesar o Erário, é despicienda a comprovação de efetiva dilapidação patrimonial pelo réu ou da iminência de fazê-la para que haja o deferimento da medida de indisponibilidade de bens prevista no art. 7º da Lei n. 8.429/92, pois o perigo na demora encontra-se presumido nesse normativo, no qual sobreleva-se a tutela de evidência em detrimento do requisito da urgência in concreto.
3. O magistrado não está obrigado a se manifestar sobre todos os dispositivos legais invocados pelas partes, desde que encontre fundamentação suficiente para o deslinde da controvérsia, como ocorreu no caso.
4. Estando ausentes as hipóteses do art. 535 do CPC, não é permitido rediscutir-se o mérito das questões já decididas por esta Corte na estreita via aclaratória.
5. Tendo sido dirimido o litígio com base na interpretação da legislação federal aplicável, descabe a análise de suposta ofensa a dispositivos da Carta Magna no âmbito do apelo nobre, ainda que a título de prequestionamento, sob pena de usurpar-se a competência do Pretório Excelso.
6. Embargos de declaração rejeitados.” (grifo nosso).

(EDcl no REsp 1366721/BA, Rel. Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2015, DJe 03/06/2015)

por essa razão, à compreensão geral das cautelares, sob pena de serem suplantados os próprios propósitos da tutela a ser alcançada pela ação de improbidade administrativa.

Não se ignora que a LIA prevê outras espécies de cautelares que não a indisponibilidade de bens, havendo também disciplina sobre a possibilidade de sequestro e sobre o afastamento do agente do cargo público.

Fato é que o sequestro de bens é um instituto mais comum no Direito Privado, que prevê a apreensão judicial de um determinado bem que seja objeto de litígio, para assegurar que ele seja entregue em bom estado, a quem é de direito, ou seja, a quem for o vencedor da causa.

A indisponibilidade de bens, por sua vez, é mais comum no Direito Público. Nela, não se discute a propriedade de um bem, como no sequestro. O objetivo aqui é garantir que bens de um acusado de desviar dinheiro público não possam ser alienados, a fim de garantir que, numa eventual condenação, haja como ele ressarcir o dano causado aos cofres públicos.

O afastamento do cargo público, por sua vez, que é a outra espécie de medida cautelar prevista, muitas vezes não é objeto de provimento cautelar, porque já é medida decorrente do processo realizado na esfera administrativa<sup>25</sup>.

A cautelar de bloqueio de bens, que é a quarta espécie admitida por parte da doutrina é também bem pouco usual no Poder Judiciário, confundindo-se, por vezes, com a própria indisponibilidade de bens, que, como diz o próprio vocábulo, impede a livre disposição dos bens pelo indiciado, vedando qualquer tipo de ato jurídico que implique a transferência de seus bens a terceiros até o limite do valor integral necessário ao ressarcimento de eventual dano.

O que se depreende, portanto, é que flexibilizar o requisito da demonstração do *periculum in mora* para a espécie de cautelar que, senão a espécie mais comum, uma das mais frequentemente solicitadas em ações de improbidade administrativa, o STJ estabelece um novo paradigma para deferimento destas medidas e certamente influencia o número de indeferimento de medidas liminares em 85% dos casos, conforme apurado pelo CNJ.

Como já se afirmou nesse presente estudo, em momento anterior ao julgamento pelo STJ, o CNJ atestou que não se mostrava comum o deferimento de medida cautelares nas Ações de Improbidade Administrativa e que não houve como regra o pedido de indisponibilidade de

<sup>25</sup> Quanto ao ponto, afirmou o CNJ: “perda da função pública foi observada em 29,13% dos processos, sendo que os Tribunais com maiores percentuais de perda da função pública foram observados junto ao TJSP (56,25%), seguido do STJ (40,00%) e TRF4 com 25,53%. Em diversos casos a perda da função já havia ocorrido (demissão a bem do serviço público) como resultado de prox’esso administrativo”. (Lei de improbidade administrativa: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade. Coordenação Luiz Manoel Gomes Júnior, equipe Gregório Assegra de Almeida... [et al.]. – Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. p. 28).

bens ou de sequestro, afastando novamente a afirmativa de uso abusivo das Ações de Improbidade Administrativa.

Também o CNJ em mesmo estudo atestou, mais adiante<sup>26</sup>, que, em termos de efetividade da decisão, com o resarcimento dos danos causados, verificou-se uma grave falha no sistema processual. Mesmo após longa tramitação, raras foram as ações nas quais se verificou uma efetiva atuação no sentido de obter a reparação dos danos.

As ações de Improbidade Administrativa não têm um fim, ou pelo menos uma parte considerável tem tramitação durante décadas, o que reflete no baixo índice de resarcimentos, demonstrando, assim, uma necessidade de melhor utilização dos mecanismos cautelares à disposição do Ministério Público.

Contudo, a doutrina tem pontuado que, ao contrário do que se poderia imaginar, é necessário demonstrar, *ab initio*, que o bloqueio patrimonial atende aos seguintes pressupostos: a) proporcionalidade em relação à alegada dívida do acusado; b) plausibilidade concreta da pretensão punitiva (tutela de urgência) e presença de sinais ou circunstâncias específicas e ligadas ao processo de que o bloqueio é necessário para evitar dilapidação patrimonial ou qualquer outra forma de esvaziamento da pretensão estatal; c) evidência do direito alegado (tutela de evidência), ocasião em que será dispensável o *periculum in mora*, mas necessária a demonstração, após prévio contraditório, da natureza incontroversa do direito e da proporção e razoabilidade da medida em face da pretensão deduzida em juízo<sup>27</sup>.

Ora, em que medida uma ação de improbidade poderia estar sujeita à tutela de evidência? Ao se optar pelo caminho da tutela de evidência, o autor da ação tem um ônus relevante: o de demonstrar cabalmente a responsabilidade do infrator já no ajuizamento da demanda, sem margem a dúvidas.

Esta é a correta interpretação do art. 311 do CPC e deve ser a diretriz que permeia o atual entendimento explicitado pelo REsp nº 1.366.721 Admitir-se que o *periculum in mora* pode ser mitigado, impõe ao autor da demanda o ônus precípua de demonstrar a responsabilidade do infrator já no ajuizamento da demanda.

Regra geral, portanto, é que a tutela que se almeja em uma ação de improbidade é a de urgência, sendo fundamental esclarecer que essa tutela está subordinada à demonstração de seus requisitos, cujo ônus pertence ao autor da ação.

<sup>26</sup> Lei de improbidade administrativa: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade. Coordenação Luiz Manoel Gomes Júnior, equipe Gregório Assegra de Almeida... [et al.]. – Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015., p. 38.

<sup>27</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. Periculum in mora presumido. REVISTA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RSTJ, a. 28, (241): 429-668, janeiro/março 2016, p. 499-510.

Os Tribunais Pátrios, contudo, parecem estar realizando uma análise superficial da tutela de evidência e da *ratio decidendi* que permeou o julgamento do RE nº 1.366.721, aplicando indiscriminadamente o entendimento de que seria desnecessária a demonstração do *periculum in mora*, mas se olvidando de se atentar, por outro lado, que para tanto há de existir, no mínimo, a demonstração cabal da responsabilidade do agente, a fim de preencher os requisitos do art. 311 do CPC/2015 acerca da tutela de evidência.

Uma breve pesquisa na base de jurisprudência atualizada dos mesmos Tribunais analisados pelo estudo CNJ de 2015 demonstra que, por muitas vezes, os julgadores se limitam a aplicar o precedente repetitivo do STJ sem uma análise pormenorizada do caso concreto que indique a necessidade de mitigação do *periculum in mora*<sup>28</sup> e, por outras vezes, também mitigam a caracterização do próprio *fumus boni iuris*, asseverando que a medida de indisponibilidade de bens é medida acautelatória e de que o decreto de indisponibilidade está implícito no contexto de necessidade de se assegurar o resultado útil do processo e a primazia do interesse público.

Mostra-se bastante temerário, todavia, compreender que tanto o *fumus boni iuris* quanto o *periculum in mora* podem ser mitigados ante à necessidade de assegurar resultado útil do processo.

<sup>28</sup> Ao manter a decisão de primeiro grau, o Tribunal Regional Federal da 4<sup>a</sup> Região, por exemplo, justificou a aplicação da medida cautelar prevista no art. 7º da LIA em razão da apresentação de suficientes indícios da prática de atos ímparobos pelo agente:

“EMENTA: ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ARTIGO 37, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEI Nº 8.429/92. INDISPONIBILIDADE DE BENS. (...) A indisponibilidade recairá sobre bens que assegurem o integral resarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito. - O decreto de indisponibilidade dos bens consiste em medida acautelatória que visa a assegurar a efetividade da prestação jurisdicional, sendo presumido, na hipótese, o risco de dilapidação patrimonial. - No caso dos autos constata-se em cognição sumária que foram apresentados elementos de convicção suficientes a demonstrar a hipotética prática de atos ímparobos pelo agravante, conforme restou detalhado pelo Juízo a quo, estando evidenciados os requisitos para a decretação da medida acautelatória. Com efeito, em primeira análise, os documentos acostados aos autos justificam o decreto de indisponibilidade dos bens, a fim de assegurar a reparação dos danos imputados. (TRF4, AG 5046724-61.2019.4.04.0000, QUARTA TURMA, Relator RICARDO TEIXEIRA DO VALLE PEREIRA, juntado aos autos em 06/05/2020)”.

Em outro caso recente deste mesmo Tribunal, no entanto, não há nenhuma menção a indícios de caracterização de atos ímparobos, havendo apenas citação genérica acerca da desnecessidade de caracterização do *periculum in mora*, em razão do entendimento do STJ, mas nada trazendo sobre o preenchimento do requisito do *fumus boni iuris*. Vejamos:

“EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. CONVÊNIOS. INDISPONIBILIDADE DE BENS. RESULTADO ÚTIL DO PROCESSO. PRIMAZIA DO INTERESSE PÚBLICO. PROVIMENTO. 1. Nas ações de improbidade, a decretação da indisponibilidade de bens é medida acautelatória que visa a assegurar o resultado útil do processo, garantindo a liquidez patrimonial do(s) acusado(s) para futura execução da sentença condenatória de resarcimento de danos ou de restituição dos bens e valores havidos ilicitamente por ato de improbidade. Certo é, assim, que também deve prevalecer tal entendimento no caso de ações de resarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa, ainda que a parte autora limite-se a buscar a recomposição patrimonial. 2. Pelos mesmos fundamentos, no tocante ao risco de dano irreparável ou de difícil reparação, adota-se o entendimento já consagrado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso repetitivo (Primeira Seção), no sentido de que o decreto de indisponibilidade de bens em ação civil pública por ato de improbidade administrativa constitui tutela de evidência e dispensa a comprovação de dilapidação iminente ou efetiva do patrimônio do legitimado passivo, uma vez que o *periculum in mora* está implícito no art. 7º da Lei nº 8.429/1992. 3. Neste contexto, diante da clara necessidade de se assegurar o resultado útil do processo e notadamente em função da primazia do interesse público, o pedido de indisponibilidade de bens deve ser deferido.” (TRF4, AG 5002380-58.2020.4.04.0000, TERCEIRA TURMA, Relatora VÂNIA HACK DE ALMEIDA, juntado aos autos em 05/05/2020)

Ainda que sejam louváveis os esforços a punir corretamente os atos ímparobos e assegurar que os processos de improbidade administrativa tenham resultado útil, não se pode fazer isso em detrimento de outros tantos princípios processuais constitucionais, como o direito às partes a decisões justas, bem como o respeito à ampla defesa e ao contraditório.

## 7. Conclusão

O que se apurou por meio do presente artigo é a plena compatibilidade do instituto das tutelas cautelares previsto pelo atual CPC/2015 com aquelas que já eram previstas pela própria LIA.

O estudo do CNJ sobre improbidade administrativa publicado em 2015 também fora bastante relevante para demonstrar que, diferentemente do que propõe o senso comum, o indeferimento de medidas cautelares no bojo de ações de improbidade administrativa era realmente expressivo, correspondendo a 85% das ações propostas.

Isso, somado ao fato de que muitas vezes o processo chegava ao final sem atingir um resultado útil (como seria o caso, por exemplo de impossibilidade de se ressarcir o erário pelos danos sofridos por não haver patrimônio suficiente), demonstrou a necessidade de que fossem revistos os critérios utilizados pela jurisprudência para o deferimento das medidas cautelares, uma vez que existiam mecanismos suficientes previstos pela legislação processual para se assegurar o resultado útil do processo – as medidas cautelares - que pareciam não estar sendo suficientemente utilizadas pelos julgadores.

Houve, assim, o julgamento do REsp nº 1.366.721 pela sistemática dos repetitivos que significou uma reviravolta na jurisprudência pátria, que passou a admitir a mitigação do requisito do *periculum in mora* para deferimento da medida cautelar de indisponibilidade de bens do agente acusado do ato ímparobro.

Por certo que a mitigação do requisito do *periculum in mora* vem acarretando um deferimento muito maior de medidas cautelares pelos Tribunais, de modo que aquele expressivo percentual de indeferimento – de 85% - não faz mais sentido.

A técnica de alçar alguns precedentes como qualificados a ponto de serem obrigatórios – como é o caso de todos aqueles previstos no art. 927 do CPC – traz alguns contratemplos<sup>29</sup>,

<sup>29</sup> Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas salientam: “O CPC/2015 prestigia precedentes proferidos em certas e determinadas situações que justificam sejam eles tidos de *antemão* como precedentes. Sim, porque, há decisões que se tornam naturalmente, precedentes *a posteriori*: ou seja, são densas, convincentes, com excelentes fundamentos, que passam a ser respeitadas em casos posteriores, idênticos ou semelhantes. De acordo com a sistemática do CPC/2015, há decisões que já nascem como precedentes obrigatórios e que devem ser paradigma” (cf. ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. Recurso Especial,

tendo em vista que determinados julgados são erigidos à qualidade de obrigatórios previamente ao seu julgamento e assim o serão independentemente da qualidade do debate travado pelos julgadores quando da análise da questão.

No acórdão dos embargos de declaração opostos no REsp nº 1.366.721/BA, o STJ foi taxativo no sentido de que “*acórdão recorrido sedimentou o entendimento do STJ, no sentido de que, caso o magistrado constate a existência de fortes indícios da prática de ato ímparo capaz de lesar o Erário, é despicienda a comprovação de efetiva dilapidação patrimonial pelo réu ou da iminência de fazê-la para que haja o deferimento da medida (...) pois o perigo na demora encontra-se presumido nesse normativo.*”, o que já foi replicado em outros julgados daquele E. Tribunal.

Fora isso, o entendimento em comento vem repercutindo no âmbito dos demais tribunais pátrios e a doutrina atenta para a possibilidade de utilização irrestrita de tal instituto, com o mero ajuizamento da cautelar, ante o entendimento de ser aplicável também o *in dubio pro societate* nestes tipos de ação, o que certamente conduzirá a decisões injustas e arbitrárias.

Uma pesquisa de jurisprudência na base dos Tribunais ora analisados sugere, de fato, que atualmente há um número muito expressivo de deferimento da medida prevista no art. 7º da LIA, em razão do julgamento travado pelo E. STJ.

Contudo, a ânsia de combate à corrupção não pode ser corolário para flexibilização irrestrita de requisitos intrínsecos à tutela de urgência, espécie da qual fazem parte as tutelas cautelares ora analisadas.

Conforme salientado por balizada doutrina<sup>30</sup>, a quantidade de leis (em sentido amplo), regulamentos, portarias torna praticamente impossível a aplicação do velho princípio de que todos conhecem a lei. Algumas normas, por sua vez, admitem diferentes interpretações e são aplicadas por servidores públicos estranhos à área jurídica. Por isso mesmo, a aplicação da lei de improbidade, assim como das medidas cautelares nela previstas, exige bom senso, pesquisa da intenção do agente, sob pena de serem proferidas decisões injustas e antidemocráticas sob a ânsia de combate à corrupção.

## REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. Manual de direito processual civil. São Paulo: Revista dos Tribunais. 18. Ed. rev. atual. e ampl., 2019.

ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

Lei de improbidade administrativa: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade. Coordenação Luiz Manoel Gomes Júnior, equipe Gregório Assegra de Almeida... [et al.]. – Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009

NEVES, Daniel Amorim Assumpção, OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende Oliveira. Improbidade administrativa: direito material e processual. – 8. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

OSÓRIO, Fábio Medina. Periculum in mora presumido. REVISTA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RSTJ, a. 28, (241): 429-668, janeiro/março 2016, p. 499-510.

PIETRO, D., Zanella, M. S. Direito Administrativo, 32<sup>a</sup> edição. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530984830/>

REZENDE, Luciano dos Santos, O Regime de Emprego no Âmbito da Administração Pública, Revista CEJ, Brasília, Ano XIV, n. 51, p. 76-84, out./dez, 2010

SILVA, De Plácido e, Vocabulário Jurídico / atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho – Rio de Janeiro, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo cautelar. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Livre Ed. Universitária de Direito, 2005.

**Fretz Sievers Junior**

Graduado em Engenharia da Computação

Bacharel em Direito pela Universidade Braz Cubas

Ciências Contábeis pela Universidade da Cidade de São Paulo

Mestrado em Engenharia Eletrônica e Computação pelo Instituto Tecnológico de Aeronáutica

Mestrando em Direito PUC/SP

Doutorado em Engenharia Eletrônica e Computação pelo Instituto Tecnológico de Aeronáutica

Atualmente é Professor de Ensino Superior da Faculdade de Tecnologia Mogi das Cruzes, Faculdade de Tecnologia de Mauá,

Universidade Mogi das Cruzes (UMC)

fretz@uol.com.br

**Paola de Castro Esotico**

Advogada com vasta experiência em contencioso tributário.

Especialista em Gestão Tributária pela FECAP e em Direito Tributário pelo IBET

Graduada em Direito pelo Mackenzie

paola\_esotico@yahoo.com.br

Recebido em 19/06/2020

Aprovado em 01/12/2020