

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUC-SP

Lucas Pedroso Klain

A INDISPONIBILIDADE DE BENS NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

São Paulo

2019

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Lucas Pedroso Klain

A INDISPONIBILIDADE DE BENS NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de ESPECIALISTA em **Direito Processual Civil**, sob a orientação do Prof. Dr. **Cassio Scarpinella Bueno**.

São Paulo

2019

Banca Examinadora

---

---

---

A Deus, criador de todas as coisas, e a Jesus Cristo, meu senhor e salvador.  
Aos meus pais, Carlos e Lourdes e à minha querida esposa, Caroline.

## RESUMO

A presente monografia pretendeu analisar a medida de indisponibilidade de bens, ferramenta utilizada para resguardar a efetividade da decisão final do processo de improbidade administrativa. Estudou-se sua natureza e seus requisitos, a partir da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em paralelo com a legislação vigente e o projeto de lei que tramita no parlamento brasileiro. Em considerações finais, observamos o equívoco na interpretação da lei por parte da Corte Superior, na medida em que deixou de lado o tecnicismo e a própria natureza das tutelas de evidência para fazer constar que o requisito do perigo na demora, dispensável nesta modalidade de tutela provisória, estava implícito no texto legal. Outrossim, diante da novel legislação (Código de Processo Civil de 2015), há possibilidade de a indisponibilidade de bens ser deferida como tutela provisória de evidência com natureza cautelar, sem qualquer prejuízo ao devido processo legal, nos termos do artigo 311, inciso IV daquele diploma legal e à defesa da moralidade administrativa e patrimônio público.

**Palavras-chave:** improbidade administrativa; indisponibilidade de bens; tutela da evidência; tutela de urgência; requisitos para deferimento.

## **ABSTRACT**

This monograph intended to analyze the measure of unavailability of assets, a tool used to safeguard the effectiveness of the final decision of the administrative misconduct process. Its nature and requirements were studied, based on the jurisprudence of the Superior Court of Justice in parallel with the current legislation and the draft law that is being processed in the Brazilian parliament. In final considerations, we note the misunderstanding in the interpretation of the law by the Superior Court, as it has set aside the technicality and the very nature of the evidence guardianship to state that the requirement of danger in delay, which is unnecessary in this mode of protection. Provisional, was implicit in the legal text. Furthermore, in view of the new legislation (Code of Civil Procedure 2015), there is a possibility that the unavailability of assets may be granted as provisional protection of evidence of a precautionary nature, without prejudice to due process, pursuant to article 311, clause IV of that article. Legal diploma and the defense of administrative morality and public property.

Keywords: administrative misconduct; unavailability of goods; evidence protection; urgency guardianship; granting requirements.

*"Com a lei, pela lei e dentro da lei; porque fora da lei não há salvação."*

Ruy Barbosa

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>1 PROCESSO COMO INSTRUMENTO DE TUTELA DE DIREITOS .....</b>	<b>11</b>
<b>2 MORALIDADE ADMINISTRATIVA, PROIBIDADE ADMINISTRATIVA E A LEI FEDERAL N.º 8.429, DE 2 DE JUNHO DE 1992 .....</b>	<b>19</b>
<b>2.1 Natureza da ação de improbidade administrativa .....</b>	<b>22</b>
<b>2.2 Competência.....</b>	<b>25</b>
<b>2.3 Da Legitimidade Ativa e Passiva.....</b>	<b>31</b>
<b>2.4 Da causa de pedir e do pedido .....</b>	<b>33</b>
<b>2.5 Do procedimento especial da ação de improbidade administrativa.....</b>	<b>36</b>
<b>2.6 Das tutelas preventivas .....</b>	<b>39</b>
<b>3 TÉCNICAS DA COGNIÇÃO NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....</b>	<b>45</b>
<b>4 INDISPONIBILIDADE DE BENS NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....</b>	<b>49</b>
<b>4.1 Tutelas Provisórias – Antigo e Novo Código de Processo Civil.....</b>	<b>51</b>
<b>4.2 A Indisponibilidade de Bens como Tutela da Evidência Cautelar .....</b>	<b>63</b>
<b>5 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PROJETO DE LEI N.º 10887/2018 .....</b>	<b>71</b>
<b>6 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>75</b>

## INTRODUÇÃO

O combate à corrupção tem sido notícia cotidiana para o brasileiro pelo menos nos últimos 15 anos. O início desta saga dos poderes constituídos, autoridades públicas e da própria população pode ser considerado a Ação Penal 470, também conhecida por “mensalão”. Desde então, sem ignorar que antes a corrupção já causava males ao país, dificilmente vê-se transcorrer um dia sem que haja qualquer notícia a respeito de ações policiais, ajuizamento de ações penais e mesmo decisões, colegiadas ou não, a respeito do tema.

Veja-se que o sancionamento por atos de desvio de conduta não apenas se dão no âmbito criminal, mas também na seara civil, com sanções tão graves, e até mais severas, quanto àquelas prolatadas naquele campo, mormente em face da impossibilidade de sua conversão, como ocorre nas execuções penais.

É importante que seja combatida toda forma de desonestidade em quaisquer de suas facetas e em todos os campos de responsabilização (criminal, administrativo e civil). Entretanto, o modo de combatê-la é que importa ao Estado, ao passo que não se justifica a utilização de meios ilegais para o enfrentamento e punição de atos ilegais. A Constituição e a Lei devem ser diligentemente observadas e, considerando se tratar de direito sancionador, a máxima eficácia e extensão dos direitos e garantias fundamentais deve ser incessantemente buscada.

Nesta senda, pretendemos desenvolver o tema da medida de indisponibilidade de bens deferida no âmbito destas ações, perpassando pela interpretação a ela conferida pelo Superior Tribunal de Justiça e a submetendo à filtragem do Código Civil de 2015, que trouxe nova normativa a respeito do que decidiu denominar “Tutela Provisória”.

Iniciaremos nossos estudos através de uma análise da finalidade última do processo, isto é, estabeleceremos uma relação entre o processo e a tutela dos direitos, definindo-o como uma das formas pelas quais o Estado presta proteção e resguardo aos direitos dos jurisdicionados. Em seguida, de forma sucinta, estudaremos a Lei Federal 8.429/92, passando por pontos gerais que subsidiam o objeto de análise da presente monografia.

Ato contínuo, preparando o terreno para a investigação das tutelas provisórias antes e depois do Código de Processo Civil de 2015 e da indisponibilidade de bens propriamente dita, trataremos das técnicas de cognição utilizadas na ação de improbidade administrativa.

Por fim, analisaremos o projeto de lei n.º 10887/2018, que trata de uma renovação da Lei de Improbidade Administrativa e que, como se perceberá, procura jogar uma pá de cal sobre a discussão da natureza da tutela de indisponibilidade de bens, ou seja, se se insere nas tutelas de urgência ou de evidência.

É com imensa honra e com um espírito humilde, que ansiamos corroborar, a partir de uma análise técnico-jurídica do tema proposto, com o desenvolvimento da defesa do patrimônio público e das garantias e direitos fundamentais.

## 1 PROCESSO COMO INSTRUMENTO DE TUTELA DE DIREITOS

É inimaginável a existência de qualquer sociedade divorciada de regras que regulam as relações que nela abrolham, sejam entre seus integrantes ou entre estes e o próprio Estado. Essa constatação já há muito é sustentada por aqueles que se inclinaram ao estudo das origens do Direito, ciência humana indissociável da formação e subsistência de qualquer sociedade (*ubi societas ibi jus*).

Dalmo de Abreu Dallari (2012, p. 22), em sua obra *Elementos de Teoria Geral do Estado*, cita Cícero que, durante o século I a. C. e com inspiração em Aristóteles<sup>1</sup>, disse: “a primeira causa da agregação de uns homens a outros é menos a sua debilidade do que um certo instinto de sociabilidade em todos inato: a espécie humana não nasceu para o isolamento (...)”

O mesmo doutrinador citado acima (2012, p. 23 – 24), entretanto, nos apresenta o entendimento mais consensualista, por assim dizer, do surgimento da sociedade. Assim, estes se afastam das indicações naturais para a congregação de homens e mulheres em grupos sociais e se aproximam do que se convencionou denominar contratualismo. Veja-se:

Opondo-se aos adeptos do fundamento natural da sociedade encontram-se muitos autores, alguns dos quais exerceram e ainda exercem considerável influência prática, sustentando que a sociedade é tão-só o produto de um acordo de vontades ou seja, de um contrato hipotético celebrado entre os homens, razão pela qual esses autores são classificados como contratualistas.

Há uma diversidade muito grande de contratualismos, encontrando-se diferentes explicações para a decisão do homem de unir-se a seus semelhantes e de passar a viver em sociedade. O ponto comum entre eles, porém, é a negativa do impulso associativo natural, com a afirmação de que só a vontade humana justifica a existência da sociedade, o que vem a ter influência fundamental nas considerações sobre a organização social, sobre o poder social e sobre o próprio relacionamento dos indivíduos com a sociedade.

Contudo, independentemente das razões e da forma de surgimento ou formação das sociedades, até porque não é este o objeto do presente estudo, fato é que elas foram constituídas e, com ela, surgiu a figura do Estado, “organização social, dotada de poder e com autoridade para determinar o comportamento de todo o grupo”

---

<sup>1</sup> “O homem é naturalmente um animal político”

(DALLARI, 2012, p. 60)<sup>2</sup>. A esta instituição que chamamos de Estado, após anos de evolução histórica, foram agregados os adjetivos Constitucional e Democrático<sup>3</sup>.

Como dito, a partir de sua formação, o Estado passou a exercer diversos poderes<sup>4</sup>, dentre os quais citamos a resolução dos conflitos oriundos das relações intersubjetivas havidas no bojo da sociedade, isto é, o Estado reservou para si o poder de pacificação social através da solução dos conflitos em substituição às partes. A isto chamou-se jurisdição, cuja finalidade final é a pacificação social e administração do império da ordem jurídica, através da efetivação da vontade real da lei (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 14).

Veja-se que com a criação do Estado e transferência de diversos poderes e prerrogativas individuais, os sujeitos já não mais puderam utilizar da autotutela<sup>5</sup> para a solução dos conflitos, haja vista que o Estado assumira o papel de

---

<sup>2</sup> Importa consignar que o conceito de Estado, para alguns autores, como Karl Schimidt e Ataliba Nogueira, variaria de acordo com o contexto histórico e, portanto, não seria um conceito inexorável, geral e válido para qualquer tempo, transmutando-se conforme o momento histórico estudado. (DALLARI, 2012, p. 60 – 61)

<sup>3</sup> Como bem aponta Marcelo Novelino (2014, p. 247): “Em um sentido mais amplo, o conceito de *Estado constitucional* pode ser empregado, pela primeira vez, para a Monarquia Constitucional inglesa do século XVII, na qual foram elaborados os documentos mais próximos das Constituições escritas modernas – como o *Agreement of the People* (1647) e o *Intrument of Government* (1653), ainda que tenham sido manifestações isoladas e de aplicação muito breve (STERN, 1987). Atualmente, qualquer que seja o seu conceito ou justificação, o Estado só se concebe como Estado constitucional (CANOTILHO, 2000).”

Ademais, o mesmo autor, na mesma obra citada, indica, às fls. 247/248, quais são as principais características do Estado Constitucional Democrático, as quais seria: “I) consagração de institutos de democracia direta e indireta que introduzem o povo no governo do Estado, tais como plebiscito, referendo e iniciativa popular (CF, art. 14, I a III); II) preocupação com a efetividade e dimensão material dos direitos fundamentais, assegurados mediante a jurisdição constitucional; III) limitação do Poder Legislativo, não apenas no aspecto formal (modo de produção do direito), mas também no âmbito material, fiscalizando a compatibilidade do conteúdo das leis com os valores consagrados na Constituição; IV) imposição constitucional não apenas de limites, mas também de deveres ao legislador; V) aplicação direta da Constituição com reconhecimento definitivo de sua forma normativa; VI) ampliação do conceito meramente formal de *democracia* (participação popular, vontade da maioria, realização de eleições periódicas, alternância no Poder) para uma *dimensão substancial*, como decorrência do reconhecimento da força normativa e vinculante dos direitos fundamentais, os quais devem ser usufruídos por todos, inclusive pelas minorias perante a vontade popular (pluralismo, proteção das minorias, papel contramajoritário do Poder Judiciário...)”.

<sup>4</sup> É necessário contextualizarmos a questão e esclarecermos que, atualmente, concordamos com o ensinamento do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 29) que, na verdade, com base nos princípios democráticos e constitucionais vigentes e do próprio conceito de função pública (atividade jurisdicional), não se trata de um poder do Estado, mas, sim, de um dever-poder.

<sup>5</sup> Autotutela, segundo os ensinamentos de Daniel Amorim Assumpção Neves (2011, p. 5): “É a forma mais antiga de solução de conflitos, constituindo-se fundamentalmente pelo **sacrifício integral** do interesse de uma das partes envolvidas no conflito em razão do exercício da força pela parte vencedora.” E Complementa o referido autor: “Por força, deve-se entender qualquer poder que a parte vencedora tenha condições de exercer sobre a parte derrotada, resultando na imposição de sua vontade.”

regular, mediar e solucionar os conflitos oriundos do convívio em sociedade<sup>6</sup>. Neste sentido, é o escólio de Cassio Scarpinella Bueno (2018, p. 40):

O que aconteceu, aos poucos, é que o “Estado” passou a vedar que os integrantes da sociedade e que ele próprio “Estado”, *autotutelassem* seus próprios “direitos”, que fizessem “justiça pelas próprias mãos”. É como se o “Estado”, nessa perspectiva histórica, tivesse retirado um “direito”, quiçá inato com o ser humano, de se proteger e a seus bens, com suas próprias mãos, com sua própria força física. É o Estado, ainda nessa perspectiva histórica, que acaba por decidir que ele é o responsável para solucionar conflitos de interesse, que ele é o responsável para tutelar direitos, que cabe a ele, em suma, “fazer justiça”.<sup>7</sup>

Pelo fato da assunção acima citada, surgiu para o Estado o ônus da escolha da via adequada para a tutela dos direitos daqueles que dele se socorriam, posto já não mais podiam lançar mão da autotutela. Referido ônus culminou na estruturação de um sistema procedimental de jurisdição que Cintra, Grinover e Dinamarco (2012, p. 31) conceituaram interinamente como “instrumento por meio do qual os órgãos jurisdicionais atuam para pacificar as pessoas conflitantes, eliminando os conflitos e fazendo cumprir o preceito jurídico pertinente a cada caso que lhes é apresentado em busca de solução.”<sup>8</sup>.

Contudo, citado sistema procedimental de jurisdição nem sempre teve os contornos com os quais se apresenta hoje. Aliás, sequer foi reconhecido inicialmente como ciência autônoma em relação à discussão que lhe tangenciava. Em suma, aqueles que se dedicam ao estudo da teoria geral do processo civil apresentam

---

<sup>6</sup> Neste sentido, ensinam-nos os doutrinadores Cintra, Grinover e Dinamarco (2012, p. 29) que: “Nas fases primitivas da civilização dos povos, inexistia um Estado suficientemente forte para superar os ímpetos individualistas dos homens e impor o direito acima da vontade dos particulares: por isso, não só inexistia um órgão estatal que, com soberania e autoridade, garantisse o cumprimento do direito, como ainda não havia sequer as leis (normas gerais e abstratas impostas pelo Estado aos particulares).”

<sup>7</sup> Bem ressalta o Professor Cassio Scarpinella que, mesmo que o Estado tenha tomado o “poder” de resolução dos conflitos, há casos excepcionalíssimos em que o Direito permite, ainda hoje, a autotutela, como, por exemplo, a defesa urgente da posse (art. 1.210, § 1º, do Código Civil) e autoexecutoriedade do ato administrativo. No entanto, tamanha a excepcionalidade que, caso o indivíduo haja na defesa de seus “direitos” por si próprio fora das vênias legais, poderá incorrer em crime tipificado no artigo 345 do Código Penal (exercício arbitrário das próprias razões).

<sup>8</sup> Os citados autores ainda esclarecem, no entanto, que a estruturação do processo não se deu de forma linear, límpida e nítida: “a história das instituições faz-se através de marchas e contramarcas, entrecortada frequentemente de retrocessos e estagnações, de modo que a descrição acima constitui apenas uma análise macroscópica da *tendência no sentido de chegar ao Estado todo o poder de dirimir conflitos e pacificar pessoas.*” (2012, p. 29).

três fases metodológicas<sup>9</sup>. A primeira das fases, conhecida como sincrética, tinha o processo, em sua perspectiva, como o próprio direito material que, uma vez vilipendiado, ganharia forças para ser alçado aos Tribunais para buscar a devida reparação (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2012, p. 51). Portanto, os sincretistas estudavam o processo “apenas em seus aspectos práticos, sem preocupações científicas” (DIDIER, 2017, p. 52).

Referida fase passou a ser contraposta a partir do século XIX, com a edição da obra denominada “Teoria dos Pressupostos Processuais e das Exceções Dilatórias”, lançada em 1868 por Oskar von Bülow.

A obra de Bülow acima referenciada descortina os novos tempos dos estudos do processo e propõe a cisão entre o direito material e o processual, apresentando elementos para que este último pudesse ser estudado como ciência, com métodos e objetos próprios. A proposta nela contida argumentava a existência de uma relação jurídica específica entre os sujeitos do processo, o que arrefecia a visão sincrética, até então inquestionada e que sustentava a natureza adjetiva do processo em relação ao direito material (DINAMARCO; LOPES, 2018, p. 18).

Foi exatamente nesta segunda fase nominada de fase autonomista do processo, que se desenvolveram as famigeradas condições da ação e os pressupostos processuais, além do que foram também estabelecidos os princípios do processo. Sobre tais baldrames toda a ciência processual passou a ser (melhor) desenvolvida, haja vista a independência científica do processo.

Ocorre que, com o passar dos tempos, a mesma independência do processo, que o alçou como ciência autônoma fazendo-o ser melhor estudado e compreendido, lhe trouxe empecilhos e dificuldades de trato e aplicação. Logo, conseqüentemente, percebeu-se que os doutrinadores acabaram por confundir autonomia científica do processo e sua neutralidade ao direito material (MARINONI, 2018, p. 22). Sobre o tema, corrobora-nos Fredie Didier Jr. (2017, p. 45):

---

<sup>9</sup> Há, no entanto, aqueles que já apresentam uma quarta fase, como Fredie Didier Jr. (2017, p. 52-54). Trata-se do denominado neoprocessualismo. Segundo os estudos promovidos nesse contexto, o neoprocessualismo teria ligação íntima com o naoconstitucionalismo, e se caracterizaria pelo “desenvolvimento do direito processual de formalismo-valorativo”, segundo o qual deve-se reforçar os “aspectos éticos do processo, com especial destaque para a afirmação do princípio da cooperação (...) que é decorrência dos princípios do devido processo legal e da boa-fé processual. Agrega-se, aqui, o aspecto da moralidade, tão caro a boa parte dos pensadores ‘neoconstitucionalistas’”.

O processo é um método de exercício da jurisdição. A jurisdição caracteriza-se por tutelar situações jurídicas concretamente afirmadas em um processo [...] Não há processo oco: todo processo traz a afirmação de ao menos uma situação jurídica carecedora de tutela jurisdicional. Essa situação jurídica afirmada pode ser chamada de *direito material processualizado* ou simplesmente de *direito material*. Se em todo processo há uma situação jurídica substancial afirmada (“direito material”, na linguagem mais frequente), a relação entre eles é bastante íntima, como se supõe. A separação que se faz entre “direito” e “processo”, importante do ponto de vista didático e científico, não pode implicar um processo neutro em relação ao direito material que corresponde ao seu objeto.

Com efeito, entende-se que a percepção dos estudiosos do direito processual civil durante sua segunda fase metodológica foi tornando-se turva em relação aos fins do processo, e esta percepção acarretou o afastamento do processo civil de sua real missão, qual seja: “servir à realidade e a concretização do direito, ofertando soluções práticas para problemas teóricos” (BUENO, 2018, p. 79).

Notou-se que a pretensão autonomista de que a ciência processual “poderia viver imersa em si mesma, sem olhar para a realidade de direito material e para a vida das pessoas de carne e osso” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 432), além de não ser real, trouxe maiores dificuldades para o exercício da jurisdição. Quer-se dizer, o que fora pensado para a melhor tutela dos direitos passou a ser empecilho para ela. Por esta razão, os doutrinadores passaram a compreender que o processo não poderia ser um fim em si mesmo a ponto de, ao invés de viabilizar a tutela dos direitos materiais, obstá-la. Essas críticas ao pensamento autonomista foi o que permitiu a eclosão da terceira fase metodológica do processo, denominada fase instrumentalista.

Esta se pautava na reavaliação das premissas sobre as quais o pensamento autonomista estava alicerçado, a fim de se conferir maior praticidade ao objeto do estudo (BUENO, 2018, p. 78-79).

Diante disso, fica evidente que, embora cientificamente autônomo, o processo deve ser estudado como instrumento<sup>10</sup> de tutela dos direitos materiais das

---

<sup>10</sup> Didier (2017, p. 45 – 46), com base em lição de Calmon de Passos, sustenta que ao se referir ao processo como instrumento não se quer diminuí-lo perante o direito substancial, afinal, “O Direito só é após ser produzido. E o Direito se produz processualmente. Quando se fala em instrumentalidade do processo, não se quer minimizar o papel do processo na construção do direito, visto que é absolutamente indispensável, porquanto método de controle do exercício do poder. Trata-se, em verdade, de lhe dar a sua exata função, que é a de co-protagonista.”. Aliás, neste mesmo contexto, nem se pode cogitar afastar a imprescindibilidade do processo, eis que, “Na ordem global, enraizada sobretudo nas bases constitucionais, há um dever de tutela, que é de acesso amplo e de caráter cívico,

partes envolvidas em juízo, de forma que se compreendido dissociado da situação jurídica substancial, restará esvaziado de suas finalidades e escopos, os quais, consoante lição de Dinamarco e Lopes (2018, 19), advém da própria conscientização das conotações éticas e objetivos do processo, que devem ser cumpridos no plano social, no econômico e político.

Nesse diapasão, os autores acima citados apontam que o processo apresenta escopos de três naturezas, a saber: social; política e jurídica.

O escopo de natureza social seria composto da pacificação de pessoas, que decorreria da própria eliminação dos conflitos de forma justa, e da educação dos indivíduos acerca de seus direitos e dos demais integrantes da sociedade. Bueno (2018, p. 90) bem resume que o escopo social do processo pode ser traduzido pela atenção e deferência à dignidade da pessoa humana, fundamento de nossa República (art. 1º, III e art. 3º, I, III e IV da Constituição Federal de 1988).

O amparo à estabilidade das instituições políticas e ao exercício da cidadania, bem como a preservação do valor liberdade, segundo Dinamarco e Lopes (2018, p. 20 – 21) configurariam o conteúdo do escopo político do processo. Novamente, Cassio Scarpinella Bueno (2018, p. 91) nos socorre ao sintetizar os escopos políticos do processo “como a necessidade de o Estado-juiz afirmar-se como ‘autoridade pública’ no devido contexto que essa locução deve assumir em um modelo de Estado Constitucional como o brasileiro.”, isto é, afirmar sua autoridade, respeitando as liberdades individuais e participação popular na atuação estatal.

Por fim, o escopo jurídico do processo seria “a atuação da vontade concreta do direito” (DINAMARDO; LOPES, 2018, p. 21), ou seja, dar-se-á, através do processo, concretude ao direito substancial<sup>11</sup>, efetuando uma releitura dos

---

que vem a ser a garantia fundamental de que nenhum direito subjetivo violado ou ameaçado ficará privado do acesso à tutela da Justiça (CF, art. 5º, XXXV). O estudo moderno do direito processual não pode deixar de registrar essa conexão importantíssima no Estado de Direito Democrático, entre a ordem jurídico-constitucional e o direito processual.” (THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 4).

<sup>11</sup> Neste sentido, Cassio Scarpinella Bueno (2018, p. 361 a 365) traz o conceito do “Neoconcretismo” que, de acordo com o citado doutrinador, se cuida de nova forma de interpretação e aplicação do processo civil, entendendo-o como “método de atuação do Estado-juiz para prestar tutela jurisdicional a quem, no plano material, faz jus a ela. Direito que é reconhecido suficiente pelo próprio Estado-juiz ou, até mesmo, por ato estranho e anterior ao processo pouco importa”. Em suma, não basta o reconhecimento do direito, deve-se, adotando-se o modelo constitucional do direito processual civil, concretizá-lo àquele que lhe diz respeito, tornando-o realidade na vida do jurisdicionado, ainda que contra ou independentemente da vontade de seu destinatário.

O Professor comentado muito bem finaliza sua explanação alertando os leitores que não se deve, a despeito da perspectiva “Neoconcretista”, atropelar os meios e as formalidades essenciais do processo para atingir a concreção do direito. Segundo as lições comentadas: “Não há espaço, no modelo constitucional do direito processual civil, para compreender que o *fim* (a prestação da tutela

institutos processuais para conduzi-lo ao atingimento de sua missão teleológica (BUENO, 2018, p. 91).

A análise do processo não pode furtar-se à consciência de tais escopos, afinal, são eles que subsidiarão a interpretação dos institutos processuais para que seja franqueada ao jurisdicionado que tiver maior razão diante do caso em concreto, melhor situação que aquela em que se encontrava antes do processo, na medida em que, “não basta um belo enunciado de uma sentença, bem estruturada e portadora de afirmações inteiramente favoráveis ao sujeito quando o que ela dispõe não se projetar utilmente na vida deste” (DINAMARCO; LOPES, 2018, p. 22).

Por óbvio que “o direito material existe para ser cumprido e observado independentemente da atuação jurisdicional” (BUENO, 2018, p. 366) e, por assim ser, a tutela jurisdicional, que se dá através do processo, é uma das ferramentas pelas quais o Estado (neste caso, o Estado-juiz) tutela os direitos dos indivíduos. Dessa forma, existem diversos outros meios de observância, cumprimento e tutela do direito material.

A imposição de multas, fiscalizações, determinações oriundas do poder de polícia da administração pública, são algumas formas pelas quais o Estado presta tutela aos direitos. Até mesmo o próprio exercício do poder legiferante pode se caracterizar como forma de tutela de direitos ao estipular regras e princípios gerais e abstratos que visam amparar e proteger direitos fundamentais, por exemplo<sup>12</sup>.

Assim, como ressalta Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p. 163), os conceitos de tutela, de tutela de direitos e de tutela jurisdicional não se confundem, pois:

Os dois primeiros são fundantes do último, na medida em que servem para demonstrar que o legislador e o juiz estão submetidos, no Estado constitucional, ao dever estatal de tutela dos direitos e ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, e, assim, *que o conceito de tutela jurisdicional tem o seu conteúdo nitidamente influenciado pelos conceitos de dever estatal de proteção e de tutela dos direitos.*

---

jurisdicional) possa justificar os meios. (...) o agir do Estado é *também* condicionado desde a Constituição. (...) Prestar a tutela jurisdicional, concretizando o direito sim, mas sempre, invariavelmente, de acordo com o devido processo constitucional”.

<sup>12</sup> “Como se vê, o Estado tem o dever de tutelar todos os direitos fundamentais através de normas, da atividade administrativa e da jurisdição. Por isso, há *tutela normativa, tutela administrativa e tutela jurisdicional de direitos.*” (grifos constam do original) (MARINONI, 2018, p. 25)

Dessa feita, constata-se que o processo não é a tutela dos direitos propriamente dita, mas, sim, uma das formas para a tutela de direitos e que o processo civil é ferramenta ínsita à tutela jurisdicional de direitos, haja vista ser o **instrumento** pelo qual o Poder Judiciário<sup>13</sup>, no exercício de sua função típica, promove a jurisdição, pacificando os conflitos sociais através da vontade concreta da Lei<sup>14</sup> e dá concretude aos direitos dos jurisdicionados.

---

<sup>13</sup> Neste sentido também, Ricardo de Barros Leonel (2017, p.23): “(...) Evidentemente, todo e qualquer ponto específico que venha a ser eleito nesse desiderato conterà sua importância, pois a temática do processo está necessariamente presente na vida do jurista e de todo o operador do Direito, não se limitando à visão do processualista, na medida em que, **como ciência instrumental, o processo tem o condão de espalhar sua relevância e seu espectro de atuação a todos os ramos de estudo e aplicação do Direito.**”

Todavia, ainda assim é possível identificar no âmbito da ciência do Direito, e particularmente do processo, temáticas que, sem minorar o relevo das demais, ganham em notoriedade, posto que diretamente relacionadas ao efetivo atendimento dos anseios mais atuais dos jurisdicionados – vale afirmar, **à aplicação do direito material tal qual deveria ocorrer se viessem os preceitos normativos, e, conseqüentemente os ‘direitos’ de índole material, a ser apreciados e respeitados espontaneamente, por todos aqueles que integram a sociedade e vivenciam o ordenamento jurídico em vigor.**” (grifos que não constam do original).

<sup>14</sup> Importante consignar as lições de Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2017, p. 533) acerca do princípio da legalidade: “O princípio da legalidade impõe que o juiz decida as questões em conformidade com o Direito. A referência à ‘legalidade’ é metonímica: observar a dimensão material do princípio da legalidade é decidir em conformidade com o Direito, como ordenamento jurídico, e não apenas com base na lei, que é apenas uma de suas fontes. (...)”. Nessa toada, percebemos que a amplitude do conceito de lei abarca não apenas os diplomas legais escritos emanados pelo Poder Legislativo, mas, também, os precedentes, a jurisprudência, as normas implícitas, o costume e, até mesmo um negócio jurídico, como complementam os citados doutrinadores.

## 2 MORALIDADE ADMINISTRATIVA, PROBIDADE ADMINISTRATIVA E A LEI FEDERAL N.º 8.429, DE 2 DE JUNHO DE 1992

Coube à doutrina a difícil tarefa de distinguir os conceitos de moralidade e probidade. A dificuldade decorre da íntima e umbilical vinculação entre si, que é de fácil constatação. Por exemplo, o significado do vocábulo ‘*probidade*’: segundo o dicionário digital Priberam, se trata de substantivo feminino que significa “*observância rigorosa dos deveres, da justiça e DA MORAL*”<sup>15</sup>.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010, p. 817 – 818), aduz que moralidade e probidade têm a mesma carga semântica enquanto princípios; porém, encarando-se a improbidade como ato ilícito, os institutos afastam-se em seus significados, posto que, assevera a autora, “aquela [*falava da improbidade como ato ilícito*] tem um sentido muito mais amplo e muito mais preciso, que abrange não só atos desonestos ou imorais mas também e principalmente atos ilegais”.

Marcelo Figueiredo (2009, p. 46), entretanto, professora que a improbidade teria alcance menor que a imoralidade, mormente em razão do indispensável conteúdo volitivo da conduta do agente público que a pratica:

(...) Preliminarmente diga-se que a Constituição utiliza ambos os termos. São condutas e institutos diversos. Ou, por outra, o princípio da moralidade administrativa é de alcance maior, é conceito mais genérico, a determinar, a todos os “poderes” e funções do Estado, atuação conforme o padrão jurídico da moral, da boa-fé, da lealdade, da honestidade. Já, a probidade, que alhures denominamos “moralidade administrativa qualificada”, volta-se a particular aspecto da moralidade administrativa. Parece-nos que a probidade está *exclusivamente vinculada ao aspecto da conduta (do ilícito) do administrador*. Assim, em termos gerais, diríamos que viola a probidade o agente público que em suas ordinárias tarefas e deveres (em seu agir) atrita os denominados “tipos” legais. A probidade, desse modo, seria o aspecto “pessoal-funcional” da moralidade administrativa. Nota-se de pronto substancial diferença. Dado agente pode violar a moralidade administrativa e nem por isso violará necessariamente a probidade, se na análise de sua conduta não houver previsão legal tida por ato de improbidade.

Corroborando o entendimento acima, também Márcio Cammarosano (2013, p. 271 – 272) comunga do mesmo entendimento, afinal, para ele, a mera

---

<sup>15</sup> Disponível em: <<https://dicionario.priberam.org/probidade>>. Acesso em: 27 de abr. de 2019.

imoralidade ou ilegalidade não podem ser consideradas improbidade em si mesma, vejamos:

A moralidade administrativa integra o direito. Nem todo ato ilegal é imoral, mas não se pode reconhecer como ofensivo à moralidade administrativa ato que não seja ilegal. E também pode haver comportamento não sancionável juridicamente, isto é, permitido pelo direito que, todavia, não seja considerado moralmente aceitável por parcela significativa da sociedade, majoritária ou não, como ocorre com a prostituição mesmo voluntária e sem exploração por terceiros, práticas homossexuais e possivelmente outros comportamentos relacionados ou não com o exercício da liberdade sexual.

Afinal, como já restou formulado no *Digesto*, “*non omne quod licet honestum est*”.

Contudo, sem embargo de o descompasso com o ordenamento jurídico implicar ilegalidade, invalidade dos atos assim viciados e até caracterizar ofensa à moralidade administrativa, quando também violado qualquer dos valores morais que compõem a constelação axiológica do direito posto, podem ocorrer violações da ordem jurídica ainda mais graves, especialmente qualificadas pela desonestidade. Não se trata mais de mera ilegalidade ou tão somente de imoralidade administrativa. Trata-se agora de improbidade administrativa.

Parece-nos que aos referidos doutrinadores seria possível existir imoralidade sem que esteja configurada a improbidade administrativa tal qual a estampada na lei federal n.º 8.429/92, mormente pelo fato de que, para que haja improbidade, devem estar presentes todos os elementos do tipo (ato irregular e elemento subjetivo, no mínimo).

Convencemo-nos que a improbidade como ato ilícito considerada, seria mais ampla que a moralidade, posto alcançar vícios outros que superam o de imoralidade do ato. No entanto, sabendo-se que o ato ímprobo é aquele tipificado em lei, e quando dizemos tipificado não estamos a sustentar qualquer taxatividade aos artigos 9º ao 11 da Lei Federal n.º 8.429/92, mas, sim, que demanda a demonstração do elemento volitivo, no mínimo, à subsunção, a improbidade é restringida pela legalidade estrita, isto é, apenas o que a Lei diz ser improbidade realmente o é, não havendo margem para ponderações.

A moralidade administrativa e o patrimônio público são direitos difusos<sup>16</sup> tutelados por diversos diplomas legais. Uns recepcionados por nossa Constituição Federal de 1988 e outros produzidos durante a vigência do texto magno, como é o caso da lei em estudo.

Evidencia-se, portanto, que o legislador cumpriu seu papel e produziu texto de lei cuja finalidade é a proteção, a tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa, em que pese não ter sido a primeira lei a tratar do tema, como bem nos lembra Amorim Júnior (2018, p. 67):

(...)

Estabelecendo um corte de estudos para a legislação editada no século XX, sustenta Rizzardo que “o primeiro diploma que previu sanções, como a perda do patrimônio para os atos de enriquecimento ilícito e lesivos ao Poder Público, foi o Decreto nº 3.240, de 8 de maio de 1941”. Constava de sua ementa a sujeição a sequestro dos bens de pessoas indiciadas por crimes de que resultava prejuízo para a Fazenda Pública, além daqueles então previstos na Consolidação das Leis Penais.

Em seguida, duas leis foram o marco normativo do combate aos hoje cognominados atos de improbidade administrativa: a Lei nº 3.164, de 1 de julho de 1957 (também conhecida de “Lei Pitombo-Godói Ilha”) e a Lei nº 3.502, de 21 de dezembro de 1958 (denominada, ainda, de “Lei Bilac Pinto”). Tais foram, precisamente, os precedentes legislativos mais próximos a influenciar e a inspirar a edição da LIA, a ponto de seu art. 25 os revogar expressamente.

(...)

Com a promulgação da Constituição Federal, em 05 de outubro de 1988, o legislador ordinário ficou encarregado de regulamentar o disposto no § 4º de seu artigo 37 e, em homenagem à segurança jurídica, tipificou quais os atos que, uma vez praticados, ensejaram a aplicação das graves e severas sanções estabelecidas pela Carta Política.

Di Pietro (2010, p. 826) lança-nos luz sobre o objeto da lei estudada ao estabelecer os elementos constitutivos do ato de improbidade administrativa da seguinte forma:

---

<sup>16</sup> Neste mesmo sentido, Neves e Oliveira (2018, p. 143) “Não parece haver dúvida de que o direito à proteção do patrimônio e da moralidade pública é um direito difuso, nos exatos termos do art. 81, parágrafo único, I, do CDC. Trata-se de direito que tem como titular a coletividade, sendo, portanto, transindividual. A natureza é indiscutivelmente indivisível, não sendo possível proteger ou violar o patrimônio público ou a moralidade administrativa somente para alguns sujeitos que compõem a coletividade e não para outros. Os sujeitos beneficiados pela tutela são indeterminados e indetermináveis, sendo reunidos por uma situação de fato, o ato de improbidade administrativa.”

O ato de improbidade administrativa, para acarretar a aplicação das medidas sancionatórias previstas no artigo 37, § 4º, da Constituição, exige a presença de determinados elementos:

- a) **sujeito passivo:** uma das entidades mencionadas no artigo 1º da Lei nº 8.429;
- b) **sujeito ativo:** o agente público ou 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);
- c) ocorrência do **ato danoso** descrito na lei, causador de enriquecimento ilícito para o sujeito ativo, **prejuízo para o erário** ou **atentado contra os princípios da Administração Pública**; o enquadramento do ato pode dar-se isoladamente, em uma das três hipóteses, ou, cumulativamente, em duas ou nas três;
- d) elemento subjetivo: **dolo ou culpa**.

Neste contexto, inicialmente, cumpre-nos delimitar a natureza da ação de improbidade administrativa, passar pela competência para sua instrução e julgamento e adentrar nas questões relativas à legitimação ativa e passiva, assim como à sua causa de pedir e pedidos.

Após tais estudos iniciais, adentrar-se-á no procedimento especial regulado pelo artigo 17 da citada legislação e, como última parte deste capítulo, como introdução para o desenvolvimento do objeto de estudo da presente monografia, analisar-se-ão as tutelas preventivas.

## 2.1 Natureza da ação de improbidade administrativa

Como sustentado acima, o patrimônio público e a moralidade administrativa, objetos que se buscou proteger com a criação da lei federal n.º 8.429/92, constituem-se direitos fundamentais da coletividade, inserindo-se na classificação dos difusos, conforme artigo 81, parágrafo único, inciso I do CDC.

A utilização de preceito trazido pelo Código de Defesa do Consumidor decorre do que a doutrina convencionou chamar de microsistema coletivo, que nada mais é que uma consolidação virtual de diversos diplomas legais que, inobstante tratarem, cada um deles, de objetos distintos, em última análise, buscam dar proteção à direitos transindividuais.

Há multiplicidade de leis que regulam os direitos coletivos no ordenamento jurídico brasileiro e, conseqüentemente, a aplicação de tais diplomas

nos casos em concreto é deveras complexa. Assim, essa reunião virtual dos instrumentos legislativos tem por escopo conferir a mais ampla e efetiva tutela coletiva que, tanto quanto a tutela individual, merece resguardo e acesso à ordem jurídica justa, sendo faceta do instrumentalismo substancial o justo e adequado dimensionamento metodológico do processo coletivo (LEONEL, 2017, p. 44).

São diversas as leis que compõe o sobredito microsistema coletivo. Neves e Oliveira (2018, p. 130 – 131) nos apontam algumas delas:

(...) Lei 4.717/1965 (Ação Popular); Lei 6.938/1981 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente); Lei 7.347/1985 (Ação Civil Pública); Constituição Federal de 1988; Lei 7.853/1989 (Lei das Pessoas Portadoras de Deficiência); Lei 7.913/1989 (Lei dos Investidores dos Mercados de Valores Imobiliários); Lei 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor); Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa); Lei 10.671/2003 (Estatuto do Torcedor); Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso); Lei 12.016/2009 (Lei do Mandado de Segurança); Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção); 12.852/2013 (Estatuto da Juventude); Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) e 13.300/2016 (Lei do Mandado de Injunção)

Veja-se, portanto, que a lei federal 8.429/92 encontra-se no rol dos diplomas legais que constituem o microsistema coletivo. Assim, a questão que se coloca é: diante de tão vasto campo legislativo, como aplicar as regras nele inseridas de forma harmoniosa?

Os mesmos citados autores nos esclarecem (2018, p. 131) que, inicialmente, deve-se buscar a regra na legislação específica. Caso não exista, analisar-se-á o núcleo duro do microsistema coletivo, composto, em nosso sentir, pela Lei da Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor. Na hipótese desta regra não ser extraída de nenhum destes diplomas legais, deve-se buscar amparo nas demais normas do microsistema e, só em último caso, socorrer-se ao Código de Processo Civil.

Sobre este último aspecto, entretanto, chamam atenção as lições de Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2017, p. 59), que entendem que o Código de Processo Civil não mais deve ser utilizado de forma “supletiva, subsidiária ou residual”, mas, sim, direta:

O processo coletivo era *simplesmente não regulado pelo CPC-1973*. Esse microsistema mantinha, assim, uma relação com o CPC-1973 que seguia o padrão da época: uma relação centrípeta e de mão única – considerado o CPC como núcleo do sistema processual civil. Sucede que o CPC-2015 nasceu numa realidade normativa bem diferente.

O microsistema do processo coletivo que nasceu e se desenvolveu fora do CPC-1973 e quase sempre a despeito dele, agora é *suposto* pelo legislador, que não apenas expressamente passou a fazer menção a esse setor do processo civil, mas, também, trouxe *normas jurídicas novas para ele*.

*Ou seja: o CPC-2015, diferentemente do CPC-1973, passou a dialogar de outra maneira com o microsistema do processo coletivo, seja porque o pressupõe expressamente, seja porque incorporou a esse microsistema novas normas jurídicas. A relação com o microsistema passou a ser de mão dupla, em um vaivém do núcleo para a periferia (centrífuga) e da periferia para o núcleo (centrípeta). A eficácia do CPC sobre esse microsistema deixou de ser exclusivamente supletiva, subsidiária ou residual e passou a ser, também, direta.*

Esse fenômeno normativo inusitado, que pode vir a tornar-se um apanágio das codificações do século XXI, embora aparentemente paradoxal em uma visão mais ortodoxa das relações entre os códigos e os microsistemas: *normas jurídicas de um microsistema emanadas diretamente dos dispositivos normativos de um Código que, nessa parte, passa a ser uma das fontes normativas do próprio microsistema.*

Diante das explanações supra, no caso das ações por atos ímprobos, primeiramente deve-se buscar solução na própria lei de improbidade administrativa (8.429/92) e, se não houver resposta legislativa ou, ainda que haja, esta não seja suficiente à resposta que se pretende à tutela dos direitos difusos por ela tutelados, o cientista jurídico deve buscar solução no microsistema coletivo, perpassando, inicialmente, pelas leis que compõem seu núcleo duro e, posteriormente, pelas demais, nelas inserido o Código de Processo Civil de 2015, produzido de forma a considerar a tutela dos direitos transindividuais, abandonando o espírito privatista do revogado Código Buzaid.

Com efeito, a natureza das ações por supostos atos de improbidade administrativa, em que pese figurar no campo do direito administrativo sancionador e, por assim ser, aproximar-se das ações penais, é civil. Neste sentido já se manifestou, inclusive, o Superior Tribunal de Justiça:

**CRIMINAL. HC. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AÇÃO DE NATUREZA CIVIL. AUSÊNCIA DE RISCO À LIBERDADE DE**

LOCOMOÇÃO. IMPROPRIEDADE DO WRIT. ORDEM NÃO CONHECIDA.

Em ação de improbidade administrativa, o writ constitui-se em meio impróprio para a análise da alegação de ausência de intimação dos acusados e de seus defensores para apresentação das alegações finais. **As sanções previstas na ação de improbidade administrativa possuem caráter civil, uma vez que as penas previstas são as de perda dos bens, ressarcimento integral do dano, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil e proibição de contratar ou receber benefícios do Poder Público.** Caracterizada a impropriedade da via eleita, nos termos da previsão constitucional, que institucionalizou o habeas corpus como meio próprio à preservação do direito de locomoção, quando demonstrada ofensa ou ameaça decorrente de ilegalidade ou abuso de poder. Precedentes. Ordem não conhecida. (grifos que não constam do original) (HC 50.545/AL, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 15/08/2006, DJ 04/09/2006, p. 298)

Aliás, esta conclusão é extraída do próprio texto constitucional que, ao finalizar a exposição das consequências do ato de improbidade, deixa expresso que as tais são independentes das de natureza criminal. Portanto, se mesmo depois da aplicação das sanções previstas no artigo 37, § 4º da Constituição da República, é possível o manejo da ação penal cabível e, por ser vedado o *bis in idem*, somente se pode inferir que a natureza da improbidade administrativa é cível.

## 2.2 Competência

Consoante a lição de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (2015, p. 299), “competência é o poder que tem o órgão do Poder Judiciário de fazer atuar a função jurisdicional em um caso concreto. É a quantidade de jurisdição atribuída a cada órgão jurisdicional, ou seja, é a *medida da jurisdição*” (grifos constam do original).

Para que se afira a competência do órgão jurisdicional é imprescindível que se siga, passo a passo, uma lógica e decrescente linha de competência, desde a análise da competência da justiça brasileira até a localização do juízo competente para o processamento das ações de improbidade:

O encontro da regra de competência para o caso concreto demanda a formulação de um raciocínio que em algumas hipóteses será mais simples, e noutras, mais complexo. Deste

modo, a primeira indagação a ser feita neste “roteiro determinativo da competência”, *uma vez fixada a incidência da jurisdição nacional*, é sobre se a hipótese seria, ou não, da *competência originária dos Tribunais*. Depois, se negativa a primeira resposta, se o caso se meteria no rol de competência das chamadas *justiças especiais (justiça do trabalho, eleitoral ou militar)*. Não sendo a hipótese, já definida, por exclusão, a competência da justiça comum, se a competência seria da *Justiça Federal (...)* Afastada a competência da justiça federal, surge como certa a competência estadual, restando definir-se, então, a competência territorial [em nota de rodapé: *na verdade, a necessidade de definição da competência territorial também se apresenta no campo das justiças especiais e da própria Justiça Federal. Não obstante, é no capô da Justiça Comum estadual que as indagações territoriais se apresentarão mais complexas.*]. Feito isto, e como último passo, será o caso de se estabelecer o *juízo competente naquela comarca ou seção judiciária*, adotando-se, às vezes conjuntamente, a regra da livre distribuição e os preceitos contidos na lei de organização judiciária.

(GARCIA e ALVES, 2017, p. 985 – 986)

A competência da Justiça brasileira é inquestionável, haja vista a redação do artigo 1º da lei 8.429/92.

Ponto seguinte de análise, se trata da competência dos tribunais, superiores ou de segunda instância, para o processamento das ações de improbidade, o que se dá pelo estudo da admissão do foro por prerrogativa de função nas ações de improbidade administrativa.

Relembra Bueno (2013, p. 145 – 146) que a jurisprudência oscilou no transcorrer dos tempos a respeito deste tema:

Peculiaridade digna de destaque sobre a competência em se tratando de “ações de improbidade administrativa” diz respeito à existência do chamado “foro privilegiado” ou, mais tecnicamente, “foro de prerrogativa de função” quando é o réu algum agente político ou, mais amplamente, quando é o réu alguém que, no âmbito do direito processual *penal*, tem, na Constituição Federal, aquela prerrogativa.

A resposta é negativa. Não existe, desde o “modelo constitucional do direito processual civil”, nenhuma regra que altere o sistema processual civil para a competência no caso em exame, vedada a interpretação por analogia com as situações em que, para fins de persecução *penal*, é prevista na Constituição Federal a prerrogativa de foro. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se, em um primeiro instante, neste sentido (v.g.: CE, Rcl 2.723/SP, rel. Min. Laurita Vaz, j. m. v. 15.10.2008, DJe 6.4.2009; STJ, CE, AgRg na Rcl 1.164/SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, j.un.15.3.2006, DJ 27.3.2006, p.

134), tanto quanto a do Supremo Tribunal Federal (v.g.: Pet 4.498/AM, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 25.3.2009, DJe 31.3.2009, fazendo expressa menção ao AI-AgR 653.882/SP, rel. Min. Celso de Mello e ao AI-AgR 538.389/SP, rel. Min. Eros Grau), máxime se o processo já estiver em fase de cumprimento de sentença (STF, Pleno, Pet-QO 3.923/SP, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. un. 13.6.2007, DJe 26.9.2008).

O Supremo Tribunal Federal, contudo, teve oportunidade de assegurar o foro por prerrogativa de função em “ação de improbidade administrativa” movida contra Ministro daquele Tribunal por ato praticado anteriormente à sua nomeação na qualidade de Advogado-Geral da União (Pet-QO 3.211/DF, rel. p./acórdão Min. Menezes Direito, j. m. v. 13.3.2008, DJe 27.6.2008), o que ensejou verdadeira reviravolta na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema, como fazem prova os seguintes julgados: CE, AgRg na Rcl. 2.115/AM, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. un. 18.11.2009, DJe 16.12.2009; CE, Rcl 2.790/SC, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. un. 2.12.2009, DJe 4.3.2010; 2ª Turma, REsp 1.235.952/RN, rel. Min. Herman Benjamin, j. un. 2.6.2011, DJe 15.6.2011; 1ª Turma, AgRg no Ag 1.404.254/RJ, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. un. 27.9.2011, DJe 17.10.2011; 1ª Turma, AgRg na MC 18.692/RN, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j.un. 15.3.2012, DJe 20.3.2012 e 1ª Seção, Rcl 4.213/ES, rel. Min. Humberto Martins, j. un. 8.8.2012, DJe 15.8.2012.

A despeito dos deveres de estabilidade, integridade e coerência da sua jurisprudência, tanto o Supremo Tribunal Federal, como o Superior Tribunal de Justiça, parecem alternar os entendimentos sobre competência pelo foro por prerrogativa de função e, novamente, afastam sua aplicação<sup>17</sup>.

No mais, em que pese a ausência de definição sólida a respeito da aplicabilidade ou não de tal regra de competência, importa ressaltar que o novo entendimento do Supremo Tribunal a respeito do foro por prerrogativa de função (questão de ordem da Ação Penal – AP 937) trará alguma novidade para os casos de improbidade administrativa, se prevalecer o entendimento pela observância do foro por prerrogativa para as ações de improbidade administrativa, na medida em que, conforme a tese fixada:

- (i) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e (ii) Após o final da instrução

<sup>17</sup> Vide julgados, citados em nota de rodapé por Neves e Oliveira (2018, p. 174): “STF, Corte Especial (sic), Pet 3.067 AgR, MG, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 19.11.2014, DJe 19.02.2015; STF, 2ª Turma, ARE 806.293, ED/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 03.06.2014, DJe. 13.06.2014” e também “STJ, Corte Especial, Rcl 8.826/RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 16.12.2015, DJe 02.02.2016 (...)”. (ANEXOs A, B e C)

processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo. (ANEXO D)

Com o devido respeito aos que assim não compreendem o tema, em nosso sentir, a ausência de previsão constitucional expressa a este respeito impede a extensão de tal regra de natureza penal para o âmbito da improbidade administrativa que, como vimos, tem natureza civil, sob pena de instalar-se grande desordem e confusão no exercício de competências entre os órgãos do Poder Judiciário. Ademais, como exceção que é, a competência por prerrogativa de função deve ser interpretada de forma restritiva, de acordo com a melhor hermenêutica<sup>18</sup>.

Logo, considerando os argumentos acima expostos, corroborados com os novos posicionamentos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, em nosso sentir, mostra-se mais prudente dizer e sustentar a inviabilidade de utilização das regras de foro por prerrogativa de função para os casos de ações de improbidade.

Quanto as Justiças Especializadas (Justiça Eleitoral, Trabalhista e Militar), ressalvado melhor olhar sobre o tema, não podemos assentir com sua competência para o julgamento de ações por atos de improbidade administrativa, na medida em que, ao analisarmos a distribuição de competência dos juízes e tribunais destas<sup>19</sup>, não encontramos qualquer autorização neste sentido e, ainda, considerando-se a natureza administrativa da lei 8.429/92 e das sanções advindas da prática de atos de improbidade.

Logo, resta-nos a Justiça Comum, está cindida entre a Justiça Estadual e a Justiça Federal.

A leitura do artigo 109 da Constituição da República nos dá acertada receita para que se vislumbre a questão da competência: Se um dos entes constantes do citado dispositivo constitucional figurar num dos polos da ação de improbidade, a competência será da Justiça Federal. Nos demais casos, a competência será da Justiça Comum Estadual (residual).

---

<sup>18</sup> Citamos lição de Tercio Sampaio Ferraz Junior (2001, p. 291): (...) O mesmo se diga para as normas excepcionais: uma exceção deve sofrer interpretação restritiva (...) uma exceção é, por si, uma restrição que só deve valer para os casos excepcionais. Ir além é contrariar sua natureza”

<sup>19</sup> Vide artigos 114 e 124 da Constituição Federal e artigos 22, 29 e 35 da Lei 4.737/65 (Código Eleitoral).

Neste diapasão, percebe-se que a competência da Justiça Comum Federal apenas será deflagrada quando participante do processo por ato de improbidade administrativa a União, entidades autárquicas e empresas públicas federais.

Quanto à competência do foro, como sobredito, em homenagem ao microsistema coletivo, devemos consignar que a lei federal n.º 8.429/92 em nenhum momento fixou qualquer regra a este respeito, o que nos autoriza analisar as leis que compõem o núcleo duro do microsistema coletivo.

A este respeito, encontramos um dispositivo da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985, artigo 2º, *caput*), segundo o qual “As ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa”.

Também, quando se está diante de ato com pluralidade de locais, não vemos razão, ainda assim, de fugir-se da análise do núcleo duro do microsistema coletivo. Nestes casos, utilizamo-nos do artigo 93, do Código de Defesa do Consumidor, que atribui competência ao foro da capital do Estado ou do Distrito Federal, nos casos de danos de âmbito regional ou nacional. Neste diapasão, Neves (2018, p. 178 – 179):

Não concordo com tal entendimento, firme no propósito de fazer valer a ideia de microsistema coletivo. Não havendo regra que determina a competência do foro de forma específica na Lei 8.429/1992, deve-se buscar no núcleo duro do microsistema a solução para tal questionamento. No art. 2º da LACP existe regra que determina a competência do local do dano como absolutamente competente para o julgamento das ações civis públicas, devendo ser essa a regra aplicada à ação de improbidade administrativa.

Trata-se de competência absoluta – o que não ocorreria se aplicadas as regras do Código de Processo Civil – havendo certa divergência a respeito de sua natureza. O art. 2º da Lei 7.347/1985 prevê a competência funcional do local do dano para as demandas coletivas. Note-se que, evidentemente, não é porque o legislador chama essa competência de funcional que ela se transforma nessa espécie de competência. Há certa perplexidade pela reunião expressa de dois critérios de determinação de competência: territorial e funcional (pelo menos é isso que a lei afirma), não obstante todos prestigiem a indicação legal sob o argumento de que no local do dano haverá possibilidade de uma proximidade física do juiz com o evento e, conseqüentemente, a prova poderia ser colhida mais facilmente

e de maneira mais eficaz, o que em última análise proporcionaria uma tutela jurisdicional de melhor qualidade.

Ainda que parcela da doutrina chegue a essa conclusão, confirmando que a ação de improbidade administrativa é uma espécie de ação civil pública, é possível manter a conclusão divorciada da polêmica a respeito da natureza da ação de improbidade, devidamente analisada no capítulo 8, item 8.4. Basta para isso fazer valer a ideia de microssistema coletivo.

Pode surgir questionamento a respeito de atos de improbidade administrativa que geram danos em diferentes foros. O art. 93, I, da Lei 8.078/1990 prevê ser do foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local, enquanto o inciso II do mesmo dispositivo prevê competência concorrente entre o foro da Capital do Estado ou do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional. Já tive oportunidade de fazer as devidas críticas ao dispositivo legal, que são, entretanto, desinteressantes para o presente estudo.

Entretanto, continua o comentado autor e enfatiza que essa não foi a interpretação dada pelo Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema:

O Superior Tribunal de Justiça preferiu decidir a questão de outra forma, sem a aplicação do art. 93 do CDC, desprezando a abrangência nacional do dano e preferindo atribuir a competência ao foro em que se reúne a maior parte dos elementos probatórios. A decisão é interessante porque busca a *ratio* do art. 2º da Lei 7.347/1985 para definir a competência do foro em que, ao menos em tese, será mais facilmente exercida a função jurisdicional, supostamente com a prestação de um serviço jurisdicional mais eficiente. Trata-se de aplicação do princípio da competência adequada, devidamente analisado no item 5.11.

Desta forma, para o Superior Tribunal de Justiça, quando o ato atingir diversos locais, o foro será definido pela maior concentração das provas, facilitando a defesa da moralidade e do patrimônio público em tese violados.

Por fim, quanto ao juízo competente, este dependerá das regras de organização judiciária do Tribunal respectivo, posto que há possibilidade de criação de varas especializadas em determinada matéria, como as varas de família, de falências, da fazenda pública e etc.

Em havendo essa vara especializada dentro do foro competente para o conhecimento da ação de improbidade, nela deverá tramitar, sendo oportuno recordar que a fixação da competência do juízo leva em consideração a constituição subjetiva da demanda, isto é, as partes. Assim, se, por exemplo, numa determinada ação de

improbidade promovida pelo Ministério Público, a pessoa jurídica de direito público não ingressar em um dos seus polos, inobstante ter sido intimada sobre a existência da comentada ação, esta deverá ser processada no juízo comum (NEVES e OLIVEIRA, 2018, p. 182).

### 2.3 Da Legitimidade Ativa e Passiva

A legitimidade passiva da ação pode ser extraída da leitura do artigo 17 da lei federal n.º 8.429/92, segundo o qual:

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.

A pessoa jurídica interessada, que será uma daquelas constantes do art. 1º da lei de improbidade<sup>20</sup>, é, consoante o escólio de Cassio Scarpinella Bueno (2013, p. 148):

(...) toda aquela pessoa ou ente da administração direta ou indireta de qualquer dos entes federados e, mais amplamente, toda pessoa que recebe algum tipo de subvenção, benefício ou incentivo dos cofres públicos na exata proporção da contribuição que tenha origem nos cofres públicos.

A atuação do Ministério Público é constitucionalmente justificada, posto ser seu dever institucional a defesa dos direitos sociais e individuais indisponíveis, bem como a promoção do inquérito e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros **interesses difusos** e coletivos (artigos 127, *caput* e 129, inciso III, ambos da Constituição da República).

---

<sup>20</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 cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.”

Por esta razão, isto é, diante da concorrência e independência de legitimidades, a doutrina classifica a legitimidade ativa para as ações judiciais ajuizadas contra agentes supostamente ímprobos como concorrente e disjuntiva, neste sentido Leonel (2018, p. 187): “Sendo a legitimação concedida a vários entes, é concorrente. Disjuntiva, porque qualquer um dos legitimados pode atuar em juízo sem necessariamente contar com a participação de outro habilitado”, não havendo falar, portanto, em litisconsórcio ativo obrigatório.

Já no tocante à legitimidade passiva, esta decorre da própria relação de direito material que subsidia a relação processual, isto é, aqueles que são potenciais sujeitos ativos do ato de improbidade, também o são como legitimados passivos.

Os atos de improbidade administrativa praticados por agentes públicos são punidos nos termos da lei de improbidade administrativa. Com efeito, a mesma lei, em seu artigo 2º e com a exclusiva finalidade da aplicação das sanções nela previstas, definiu agente público como sendo:

(...) todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

Conquanto tenha estabelecido que os atos de improbidade são praticados por agentes públicos, a lei não silenciou acerca das outras pessoas que, de alguma forma tenham induzido, concorrido ou se beneficiado do ato praticado pelo agente público. Assim, conforme o artigo 3º da lei em exame, os particulares (ou terceiros), pessoas físicas ou jurídicas, poderão ser chamados à responsabilização por atos de improbidade administrativa.

Portanto, podem figurar no polo passivo da demanda apenas agentes públicos, ou estes, em companhia de particulares que induziram, concorreram ou, de qualquer forma, se beneficiaram de seus atos, porém, os terceiros jamais poderão compor, isoladamente, o polo passivo da demanda<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> Neste sentido, Neves e Oliveira (2018, p. 157): “Como se pode notar, podem praticar atos de improbidade administrativa agentes públicos e terceiros (...) Mas, conforme lembra a melhor doutrina, o ato de improbidade administrativa depende da atuação de pelo menos um agente público, pois, sem ele, o ato não tem aptidão para ser tipificado como de improbidade administrativa, (em nota de rodapé: SOBRANE, Sérgio Turra. *Improbidade administrativa: aspectos materiais, dimensão difusa e coisa julgada*. São Paulo: Atlas, 2010, 8.3.2, p. 126)

Embora não haja litisconsórcio ativo necessário, concordamos com Bueno (2013, 151), quando leciona que o litisconsórcio passivo é necessário, afinal, realmente a compulsoriedade da formação do litisconsórcio passivo decorre da causa de pedir e do pedido e, bem diferente de julgar a os réus considerando-se a conduta particular de cada um deles, é escolher quais devem ser levados a julgamento e quais não devem. Assim, arremata o festejado doutrinador:

Se a petição inicial descreve que a existência do ato improbo dependeu, direta ou indiretamente, da participação (ou da omissão) de alguém, não há como fugir do litígio conjunto, aplicando-se, como salientado pelo parágrafo anterior, os arts. 1º, 2º e 3º da Lei 8.429/1992. Não porque os precitados dispositivos de lei obriguem o autor a tanto. Trata-se de litisconsórcio necessário que deriva da relação de direito *material*. Por isso é que a *causa de pedir* (que nada mais é do que o transporte, para o plano *processual*, do que o autor afirma ter ocorrido no plano *material*) e o *pedido* devem ser levados em conta caso a caso.

Portanto, com o devido acatamento às respeitáveis vozes que se opõem a necessária formação de litisconsórcio passivo nas ações de improbidade, entendemos que ela decorra da própria relação de direito material, não havendo falar em possibilidade de um agente público ser demandado enquanto outro, também participante da questão subjacente, não.

## 2.4 Da causa de pedir e do pedido

Retomando o que dissemos acima arrimados na lição da Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010, p. 826), o ato de improbidade administrativa, para que assim seja tipificado, deve conter alguns requisitos, não bastando a mera irregularidade ou mesmo ilegalidade do ato para que se enquadre como ímprobo. Trata-se, portanto, de um ato irregular/ilegal qualificado.

A causa de pedir da ação de improbidade administrativa em nada se difere, em linhas gerais, da compreensão clássica, porém, considerando-se que a

---

sendo também nesse sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (em nota de rodapé: A tese 8 de edição n.º 38 da 'Jurisprudência em Teses' do STJ dispõe: 'é inviável a propositura da ação civil de improbidade administrativa exclusivamente contra o particular, sem a concomitante presença de agente público no polo passivo da demanda.')

ação em exame se trata de ferramenta de defesa do patrimônio público e moralidade administrativa, que são direitos difusos, portanto, material, de a coletividade ser “governada e administrada por agentes probos” (BUENO, 2013, 147), a causa de pedir nas ações de improbidade administrativa carregam consigo uma tênue distinção de ordem quantitativa, isto é, em sua formulação, diversamente do que ocorre com as ações individuais, não se impõe uma pormenorização minuciosa dos fatos, bastando sua narração genérica, a indicação do dano ocorrido<sup>22</sup> e o liame de causa entre este e aquela (LEONEL, 2017, p. 290). Tanto é assim que, há muito o Superior Tribunal de Justiça tem sustentado que para a apresentação da causa de pedir basta uma genérica descrição factual, sem necessidade de descrever, em minúcias, seus atos e comportamentos (Informativo 441, STJ: REsp. 1.134.461/SP, 2ª T., Rel. Min. Eliana Calmon, j. 03/08/2010; REsp 439.280/RS, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, j. 01/04/2003).

Majoritariamente a doutrina compreende o rol de condutas constantes dos artigos 9º a 11 da lei de improbidade, estes que tipificam os atos de improbidade, como sendo exemplificativo.

Os atos lá tipificados são subdivididos em quatro grupos. O primeiro grupo é composto pelos atos de improbidade que acarretem enriquecimento ilícito do

---

<sup>22</sup> Segundo a doutrina de Maria Sylvia (2014, p. 918 – 919), com arrimo em Marcelo Figueiredo, o dano pode ser moral ou patrimonial:

“Assim, o que quis dizer o legislador, com a norma do artigo 2 1, I, é que as sanções podem ser aplicadas mesmo que não ocorra dano ao patrimônio econômico. É exatamente o que ocorre ou pode ocorrer com os atos de improbidade previstos no artigo 11, por atentado aos princípios da Administração Pública. A autoridade pode, por exemplo, praticar ato visando a fim proibido em lei ou diverso daquele previsto na regra de competência (inciso I do art. 11); esse ato pode não resultar em qualquer prejuízo para o patrimônio público, mas ainda assim constituir ato de improbidade, porque fere o patrimônio moral da instituição, que abrange as ideias de honestidade, boa-fé, lealdade, imparcialidade. O mesmo pode ocorrer com as hipóteses do artigo 9º, em que a improbidade é caracterizada pelo enriquecimento ilícito; o fato de uma pessoa enriquecer ilicitamente no exercício de função pública pode não acarretar necessariamente dano ao patrimônio econômico-financeiro; por exemplo, se uma pessoa receber propina para praticar um ato que realmente é de sua competência ou para dispensar a licitação quando esta era obrigatória, esses atos podem não ocasionar prejuízo ao erário e ainda assim propiciar enriquecimento ilícito. Nesse caso, também, é o patrimônio moral que está sendo lesado.

Quanto a esse aspecto, muito precisa é a lição de Marcelo Figueiredo (1997: 101), quando ensina: "Entendemos que se pretendeu afirmar que a lei pune não somente o dano material administração, como também qualquer sorte de lesão ou violação à moralidade administrativa, havendo ou não prejuízo no sentido econômico. De fato, pretende a lei, em seu conjunto, punir os agentes ímprobos, vedar comportamentos e práticas usuais de 'corrupção' (sentido leigo). Muitas dessas práticas revertem em benefício do agente e nem sempre causam prejuízo 'econômico-financeiro' à Administração. O dispositivo, ainda, ao não exigir 'a efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público', pode levar o intérprete a imaginar que o juiz será obrigado a aplicar as sanções da lei independentemente de dano. Não parece a melhor exegese, como vimos. Já desenvolvemos alhures a ideia de que ao Judiciário é cometida a ampla análise da conduta do agente. Assim, poderá, ao aplicar a pena, dosá-la em função do prejuízo causado ao erário. Nota-se que, ausente qualquer tipo de prejuízo, mesmo moral, seria um verdadeiro 'nonsense' punir-se o agente."

agente. Está esculpido no artigo 9º da Lei 8.429/92. O segundo grupo pode ser compreendido pelos atos de improbidade que tenham causado prejuízo (material) ao erário, cujas condutas estão exemplificadas nos incisos do artigo 10 do mesmo diploma legal. Por sua vez, o terceiro grupo é composto pelos atos de improbidade que restarão configurados com a concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário, conforme dicção do artigo 10-A da lei de improbidade e, por fim, o quarto grupo integra o que Nelson Hungria (p. 147 *apud* BITENCOURT, 2012, p. 226), no âmbito do direito penal convencionou chamar de “soldado de reserva”: são os atos ímprobos por violação aos princípios da administração pública. Soldado de reserva porque quando não subsumida o fato a qualquer dos artigos que lhe antecedem, a sua aplicação subsidiária sempre poderá ser invocada, caso provados seus elementos fundantes.

Assim, cumprirá ao autor da ação em comento apresentar os fatos e fundamentos jurídicos que compõem a causa de pedir quando apresentar (i) uma conduta que se encaixe em um dos exemplos constantes dos artigos 9º a 11 da lei de improbidade; (ii) indicar o dano à moralidade ou ao erário público; (iii) demonstrar o nexo de causalidade entre este dano e a conduta e, por fim; (iv) comprovar o elemento subjetivo na conduta do agente supostamente ímprobo.

Ora, a própria etimologia da palavra improbidade impõe que se diferencie o gestor incauto, inábil daquele desonesto, que age com má-fé e consciência da ilicitude que pratica. Nessa trilha, Marcelo Figueiredo (2009, p. 49): “(...) não nos parece crível punir o agente público, ou equiparado, quando o ato acoimado de improbidade é, na verdade, fruto de inabilidade, de gestão imperfeita, ausente o elemento de ‘desonestidade’, ou de improbidade propriamente dita.”

Portanto, como já se esclareceu, a causa de pedir, nas ações de improbidade, é composta pelos quatro elementos supracitados, valendo a pena repisá-los: (i) conduta praticada pelo agente ativo contra o agente passivo da improbidade; (ii) um dano à moralidade ou ao erário público; (iii) a demonstração do liame entre os elemento conduta e dano; e (iii) o elemento subjetivo do agente ativo, que seria a consciência da irregularidade do seu ato.

Com relação aos pedidos, estes permeiam às sanções previstas no artigo 12 da lei 8.429/92 e, como bem relembram Neves e Oliveira (2018, p. 212), “outros pedidos também poderão ser cumulados aos tradicionais, tais como o de

anulação aos tradicionais, tais como o de anulação do ato administrativo ou ainda imposição de obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa.”.

Quanto à reparação dos danos, eles podem ser materiais ou morais<sup>23</sup>, não havendo qualquer óbice quanto à aplicação de multa civil legalmente prevista impossibilitar o reconhecimento do dano imaterial, ao passo que se tratam de institutos de naturezas distintas, visto que a multa é sanção, enquanto a reparação é dever decorrente da violação ao patrimônio imaterial da coletividade.

Relembra Bueno (2013, p. 158 – 160) que os pedidos realizados nas ações de improbidade devem obediência ao regramento constante dos atuais artigos 322 e 323 do Código de Processo Civil, que estabelecem que, ressalvadas as exceções contidas nestes mesmos artigos, o pedido deve ser certo e determinado.

Por fim, é bem verdade que há no campo do direito processual regramento a respeito da correlação entre os pedidos realizados e a sentença. Contudo, no âmbito das ações de improbidade administrativa, o juiz é livre para aplicar a sanção cabível ao ato de improbidade que ele, enquanto julgador, verificou ocorrer conforme as provas dos autos, sem qualquer vinculação à tipificação da conduta feita pelo autor da ação, e, por esta razão, não se pode sustentar haver correlação entre os pedidos feitos e a sentença, afinal, “não haveria sentido permitir a adequação ao tipo legal se não pudesse o juiz aplicar as penas correspondentes a ele” (NEVES e OLIVEIRA, 2018, p. 214).

## **2.5 Do procedimento especial da ação de improbidade administrativa**

O artigo 17 da lei de improbidade administrativa traz regramento especificando o *iter* procedimental das ações de improbidade e, embora tenham sido inseridos diversos parágrafos tratando sobre questões processuais por meio de medida provisória, não há qualquer inconstitucionalidade no presente caso, como bem ressaltam Garcia e Alves (2017, p. 1040), em nota de rodapé:

Há, no STF, respeitável corrente no sentido da inconstitucionalidade de medidas provisórias que cuidem de matéria processual (ADIMC n. 2.473-DF, *Informativo STF* n. 241,

---

<sup>23</sup> Neste sentido se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do recurso especial 960.926/MG, julgado pela segunda turma, cuja relatoria coube ao ministro Castro Meira, com acórdão publicado em 01/04/2008.

votando neste sentido o Min. Néri da Silveira; ADIMC n. 2.332-DF, *Informativo STF* n. 240, votando neste sentido os Mins. Marco Aurélio e Ilmar Galvão; ADIMC n. 2.251-DF, *Informativo STF* n. 199, votando neste sentido os Mins. Sepúlveda Pertence e Moreira Alves). A Emenda Constitucional n. 32, de 11/9/2001, veda a edição de medidas provisórias relativas a direito processual penal ou civil (art. 1º, que confere nova redação ao art. 62 da Constituição Federal), estabelecendo, não obstante, que aquelas editadas em data anterior à sua publicação *continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional* (art. 2º).

Assim, embora pareçam, num primeiro momento, inconstitucionais os parágrafos 6º a 12, do artigo 17 da lei n.º 8.429/92, de acordo com a própria Emenda Constitucional n.º 32, não há sustentar o aludido vício de inconstitucionalidade formal.

São exatamente esses parágrafos, a despeito do comando do artigo 17, *caput*, no sentido de que o rito será o ordinário, que trazem a especialidade do procedimento.

O parágrafo 6º do citado dispositivo impõe ao autor instruir sua petição inicial “com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas (...)”. Desse modo, os indícios documentais são indispensáveis para que se demonstre a viabilidade da ação de improbidade, até porque é com base nestes mesmos documentos que o julgador proferirá sua decisão de recebimento ou não da exordial, conforme parágrafo 8º.

Como bem delinea Marcelo Figueiredo (2009, p. 207), a finalidade da norma é evitar aventuras por parte do autor da ação de improbidade, impondo a ele o dever de, ao menos, demonstrar indiciariamente a existência de ato de improbidade para o devido trânsito da ação cujos efeitos, ainda que se reconheça a inexistência de ato de improbidade ao seu termo, são muitas vezes devastadores à moral e honra dos réus destas ações, inda mais numa sociedade em que o tráfego das informações se dão em questões de segundos, atingindo número incalculável de pessoas.

Portanto, ainda arrimados nos escólios do doutrinador citado no parágrafo anterior, “indícios *suficientes* da existência do ato de improbidade *ou* razões fundamentadas da impossibilidade da apresentação dessas provas parecem indicar que o caminha do *equilíbrio*, da justa medida, é o que deseja o legislador.”.

“Estando a inicial em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do requerido, para oferecer manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de quinze dias”. Essa é a redação do parágrafo 7º da lei comentada.

Essa fase se parece muito com os ritos procedimentais do processo penal, em que o réu é citado para se manifestar acerca da admissibilidade ou não da denúncia através da peça denominada “Resposta à Acusação” ou ainda “Defesa Prévia”, a depender do procedimento observado<sup>24</sup>.

Importa anotar, ainda, que o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou pela inobservância desta fase de defesa prévia quando o autor realiza cumulação de pedidos em sua exordial. Neste sentido, o que o citado Tribunal Superior asseverou é que a notificação para apresentação da defesa prévia dos réus é obrigatória apenas nas ações de improbidade administrativa típicas. Confira-se a ementa do julgado em comento:

ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. CONCESSÃO IRREGULAR DE VANTAGENS A SERVIDORES PÚBLICOS. AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL, COM PEDIDO DE ANULAÇÃO DOS ATOS CONCESSIVOS E DE RESSARCIMENTO DOS DANOS.

1. Não se pode confundir a típica ação de improbidade administrativa, de que trata o artigo 17 da Lei 8.429/92, com a ação de responsabilidade civil para anular atos administrativos e obter o ressarcimento do dano correspondente. Aquela tem caráter repressivo, já que se destina, fundamentalmente, a aplicar sanções político-civis de natureza pessoal aos responsáveis por atos de improbidade administrativa (art. 12). Esta, por sua vez, tem por objeto conseqüências de natureza civil comum, suscetíveis de obtenção por outros meios processuais.

2. O especialíssimo procedimento estabelecido na Lei 8.429/92, que prevê um juízo de delibação para recebimento da petição inicial (art. 17, §§ 8º e 9º), precedido de notificação do demandado (art.

17, § 7º), somente é aplicável para ações de improbidade administrativa típicas.

3. Recurso especial improvido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC.

(REsp 1163643/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/03/2010, DJe 30/03/2010) (ANEXO E)

---

<sup>24</sup> O Código de Processo Penal denomina a peça defensiva de Resposta à Acusação. Já a lei de drogas, por exemplo, em seu rito especial, denomina a peça de “Defesa Prévia”, conforme artigos 396 do Código de Processo Penal e 55 da Lei 11.343/06, respectivamente.

Há três hipóteses de acolhimento da Defesa Prévia, como costumou chamar a “manifestação” do réu na ação de improbidade administrativa: a inexistência do ato, a improcedência da ação e a inadequação da via eleita.

Como se denota da própria dicção legal, duas das fundamentações para a rejeição da petição inicial são questões meritórias, isto é, de direito material, e uma de direito processual o que implica, conseqüentemente, que o acolhimento das duas primeiras fundamentações acarretam em decisão definitiva a respeito do mérito e a segunda, em decisão terminativa, recorríveis, portanto, pela via da apelação. No caso de recebimento da petição inicial, isto é, afastamento das teses arguidas em Defesa Prévia, o recurso cabível, por expressa previsão legal, é o agravo de instrumento (art. § 10 do artigo 17 da lei 8.429/92).

Recebida a petição inicial, serão os réus, agora sim, citados para apresentarem contestação e, sequencialmente, seguir-se-á o procedimento ordinário, consoante o *caput* do artigo ora examinado, com todo o direito à produção de provas e com prolação de sentença ao seu término, também recorrível por intermédio do recurso de apelação.

Importa anotar, por fim, que por expressa redação, a lei impossibilita “a transação, acordo ou conciliação” nas ações por ato de improbidade administrativa (art. 17, § 1º da Lei de Improbidade Administrativa). Em nosso sentir, em sendo a reparação do dano mais efeito do reconhecimento de dano ao erário que sanção por ato de improbidade, que sequer depende de sua ocorrência para a subsunção e que pode ser tutelado pela ação civil pública ou pela ação popular, por exemplo, entendemos que a vedação à transação diz respeito apenas às sanções político-administrativas, podendo haver transação nos autos da ação por ato de improbidade quanto à forma, modo e prazo de recomposição do erário (NEVES e OLIVEIRA, 2018, p. 234).

## **2.6 Das tutelas preventivas**

A lei n.º 8.429/92 prevê três espécies de tutelas preventivas, a saber: o sequestro, o afastamento do agente público e a indisponibilidade de bens. Todavia, nada impede que o juízo possa aplicar cautelar distinta ao caso, dentre aquelas insertadas no “dever-poder geral de cautela” (BUENO, 2015, p. 215 – 216).

Outrossim, compreendemos possível a antecipação dos efeitos da tutela nas ações de improbidade administrativa, desde que não digam respeito às sanções do artigo 12 da lei, haja vista vigorar em nosso sistema a constitucional presunção de não culpabilidade. Assim, quando cumulados os pedidos de sancionamento com a anulação de ato administrativo, por exemplo, entendemos possível o deferimento de tutela antecipada para sejam suspensos os efeitos do ato impugnado, sem qualquer óbice. Neste sentido, Garcia e Alves (2017, p. 1142 – 1143).

Pois bem. Falemos acerca do sequestro, inicialmente.

Para que seja possível explicar o instituto em exame, é necessário que ignoremos a expressa ab-rogação do Código de Processo Civil de 1973 e, em incontestante tanatopraxia<sup>25</sup>, analisemos lei que não mais compõe o ordenamento jurídico pátrio, senão para reflexões e estudos, tais como o que ora executamos.

O Código revogado assim disciplinava o sequestro:

Art. 822. O juiz, a requerimento da parte, pode decretar o seqüestro:

I – de bens móveis, semoventes ou imóveis, quando lhes for disputada a propriedade ou a posse, havendo fundado receio de rixas ou danificações;

II – dos frutos e rendimentos do imóvel reivindicando, se o réu, depois de condenado por sentença ainda sujeita a recurso, os dissipar;

III – dos bens do casal, nas ações de separação judicial e de anulação de casamento, se o cônjuge os estiver dilapidando;

IV – nos demais casos expressos em lei.

Art. 823. Aplica-se ao seqüestro, no que couber, o que este Código estatui acerca do arresto.

Art. 824. Incumbe ao juiz nomear o depositário dos bens seqüestrados. A escolha poderá, todavia, recair:

I – em pessoa indicada, de comum acordo, pelas partes;

II – em uma das partes, desde que ofereça maiores garantias e preste caução idônea.

Art. 825. A entrega dos bens ao depositário far-se-á logo depois que este assinar o compromisso.

Parágrafo único. Se houver resistência, o depositário solicitará ao juiz a requisição de força policial.

---

<sup>25</sup> **Tanatopraxia:** Técnica de preparação de cadáveres para retardar ou impedir o processo de decomposição durante determinado tempo. *Dicionário Priberam da Língua Portuguesa*, 2008-2013, <https://dicionario.priberam.org.br/tanatopraxia> [consultado em 22 de jun. de 2019].

Claro está, por assim ser, que o sequestro tinha por finalidade “resguardar a coisa sobre a qual incide um conflito de interesses, evitando com isso o desaparecimento da mesma e, por conseguinte, resguardando o resultado útil do processo onde a mesma é disputada.” (CÂMARA, 2013, p. 131). Logo, o sequestro constituía-se cautelar típica utilizada para garantia da efetividade da futura execução de entrega de coisa certa.

Colocadas estas premissas, dois questionamentos se estabelecem. O primeiro diz respeito à própria terminologia utilizada no artigo 16 da Lei de Improbidade Administrativa, isto é, estaria correto estabelecer que os bens do suposto agente ímprobo poderão ser sequestrados quando existente os fundados indícios de prática de ato que se qualifique como o tipificado nos artigos 9º e 10 da mesma lei? E o segundo refere-se à subsistência desta cautelar após a revogação expressa do Código de Processo Civil de 1973.

Hely Lopes Meirelles e Gilmar Ferreira Mendes (2010, p. 251) sustentam, entretanto, que o legislador errou ao estipular que os bens do agente supostamente ímprobo poderiam ser sequestrados, posto que, na verdade, a essência da dicção legal é de arresto.

Rogério Pacheco Alves (GARCIA e ALVES, 2017, p. 1111 – 1112) ao apresentar o tema, esclarece que compreende o sequestro previsto no artigo 16 da lei de improbidade como corretamente empregado, sendo que suas hipóteses de cabimento é que estão equivocadas, tendo cabimento apenas nos casos de enriquecimento ilícito (artigo 9º) em que é possível individualizar, determinar “o bem sobre o qual a constrição recairá, ou seja, aquele ilicitamente agregado ao patrimônio do agente.”.

Marcelo Figueiredo (2009, p. 68 – 69), arvorando-se em antiga lição de hermenêutica segundo a qual a lei não traz consigo palavras inúteis, consigna que ambos os instrumentos de acautelamento são autônomos (sequestro e indisponibilidade de bens). Este “visando à proibição de alienar, negociar, transacionar, dispor de bens e valores” e aquele como “providência ulterior à indisponibilidade, inclusive com entrega de bens (conforme sua natureza).”.

Ainda na seara doutrinária, tem-se que Neves (NEVES e OLIVEIRA, 2018, p. 290) registra acreditar na possibilidade de o sequestro ser deferido numa ação de improbidade administrativa, mas não na forma em que se encontra

estampada no artigo 16 da Lei Federal n.º 8.429/92, posto que, para ele, a cautelar comentada “se voltaria à apreensão de bens indevidamente desviados da Administração Pública, de forma a garantir um retorno desses bens ao patrimônio público numa futura execução de entrega de bem.”.

Não obstante tão grandes divergências na doutrina, a jurisprudência abraçou o sequestro como cautelar apta, tal como descrita no artigo 16, assegurar o resultado útil do processo, seja no caso de ato de improbidade que enseje enriquecimento ilícito, seja no caso de que ato que acarrete dano ao Erário Público<sup>26</sup>.

De todo modo, diante do *caput* do artigo 1.046 do Código de Processo Civil de 2015, entendemos que argumentar a sobrevivência do sequestro no contemporâneo arcabouço legal, data vênua, constitui inadvertido saudosismo, ainda que se considere as redações dos artigos 301, 1.046, parágrafo segundo e 1.072, todos do novo estatuto processual civil, conforme, *v. g.*, sustentam Neves (2018, p. 289) e Alves (2017, p. 1071)<sup>27</sup>.

O Código de Processo Civil de 2015 expressamente ab-rogou o diploma legal anterior e, assim, se a Lei não mais disciplina o sequestro, quem o disciplinará? Noutros termos: as medidas do artigo 301 “só fazem sentido para quem conhece(ia) o CPC de 1973 e compreende(ia), à luz dele, o que é(era) *arresto, sequestro,*

<sup>26</sup> PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MEDIDA CAUTELAR. SEQÜESTRO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

1. **O seqüestro de que trata o art. 16 da Lei n. 8.429/92 é cabível tanto nos casos de enriquecimento ilícito quanto nos de dano ao erário.** Dentre os bens que se sujeitam à constrição, encontram-se, em primeiro lugar, aqueles que caracterizam o enriquecimento ilícito. Para que os demais bens do agente se sujeitem à constrição, adquiridos antes ou depois dos fatos, seja lícita ou ilicitamente, cumpre à parte requerente demonstrar, de modo razoável, a imprescindibilidade da medida para assegurar a utilidade prática da sentença de mérito que, além de decretar a perda dos bens havidos ilicitamente, determine o pagamento de valor correspondente à lesão ao erário ou aplique outra sanção pecuniária (Lei n. 8.429/92, art. 18).

2. A medida cautelar proposta com base no enriquecimento ilícito (Lei n. 8.429/92, art. 9º, VII) tende a ensejar a constrição sobre os bens cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público. Para que o seqüestro incida sobre outros bens, cumpre ao requerente demonstrar a relação de instrumentalidade entre a constrição e a sentença de mérito a ser proferida na ação principal.

(...)

6. Agravo de instrumento parcialmente provido.

(grifos que não constam do oridinal)

(TRF 3ª Região, QUINTA TURMA - 1A. SEÇÃO, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 139366 - 0029592-36.2001.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW, julgado em 30/08/2004, DJU DATA:06/10/2004 PÁGINA: 234) (ANEXO F)

<sup>27</sup> Em suma, os citados doutrinadores alegam que nada mudaria em relação ao previsto no artigo 16 da Lei de Improbidade Administrativa, ao passo que: **(i)** o sequestro ainda está previsto no artigo 301; **(ii)** o artigo 1.046, § 2º, ressalva da ab-rogação do Código Buzaid os procedimentos especiais regulados em leis especiais e **(iii)** embora taxativamente derogadas algumas leis especiais, não consta do artigo 1.072 qualquer menção à lei 8.429/1992.

*arrolamento de bens e protesto contra alienação de bens (...).*” Desse modo, ainda que se tenha nominado as chamadas cautelares típicas no citado artigo, “sem qualquer referencial (...) será muito difícil distinguir arresto do sequestro e do arrolamento de bens, para ficar com os três dos quatro exemplos fornecidos pelos dispositivos.” (BUENO, 2018, p. 698). E, por esta razão, o mesmo doutrinador assevera que o artigo 301 deve ser lido parcialmente: “A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante [...] qualquer [...] medida idônea para asseguarção do direito.”.

Ora, é crível que a doutrina corrobore com o aplicador do Direito, porém, não nos parece razoável que ela efetivamente legisle, a ponto de repristinar, *mutatis mutandis*, lei já revogada.

No mais, o parágrafo segundo do artigo 1.046 do Código de Processo Civil de 2015 ressalva da revogação total da Lei 5.869/1973 **os procedimentos regulados em outras leis** e, salvo melhor juízo, o artigo 16 da lei de improbidade administrativa não estabelece um procedimento para o sequestro, antes, remete o intérprete àquele **constante do código revogado**.

Sobremais, o simples fato de o artigo 1.072 silenciar em relação à lei federal n.º 8.429/1992 nada guarda relação com sua possível revogação tácita e, assim, não entendemos subsistir os argumentos para que o artigo 16 ainda seja aplicado tal redigido.

De todo modo, ainda que inexistente o sequestro como medida cautelar específica, o Código de Processo Civil de 2015 não deixa órfã a tutela do patrimônio público nas ações de improbidade administrativa, cabendo ao seu autor, se entender necessária a cautelar, pedi-la genericamente nos termos do artigo 300.

Assim, doravante, todos os operadores do direito que buscarem acautelar o direito, poderão requerê-lo de forma genérica, bastando a apresentação do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo e a probabilidade do direito alegado, cabendo ao juiz, em análise do caso em concreto, determinar a melhor medida para este acautelamento.

Quanto ao afastamento do agente público, extraído do parágrafo único do artigo 20 da lei federal 8.429/1992, é cautelar que poderá ser deferida tanto pela autoridade judicial como administrativa, sem prejuízo à sua remuneração, sempre que se fizer necessária à instrução processual e, por assim ser, entendemos como Marcelo

Figueiredo (2009, p. 230 – 231), para quem, lembrando o disposto no artigo 147 da Lei 8.112/90<sup>28</sup>, sustenta que quanto “ao prazo de afastamento (...) o mesmo perdura o tempo necessário à investigação” e, portanto, evidentemente que a duração prolongada das apurações poderá ser impugnada pelo agente público que foi afastado cautelarmente, “pois atritarão seus direitos”.

A indisponibilidade de bens, por sua vez, é cautelar que visa impedir a alienação, negociação, transação e disposição de bens e valores de propriedade do agente supostamente ímprobo (FIGUEIREDO, 2009, p. 68), a fim de que se assegure eventual e futuro ressarcimento do erário, perdimento dos bens havidos ilicitamente ou, ainda, o pagamento da multa civil a ser aplicada no caso em concreto.

Com o devido acatamento, malgrado esta última finalidade da cautelar ora comentada ser a interpretação dada pelo próprio Superior Tribunal de Justiça<sup>29</sup>, entendemos que admitir a cautelar que tem finalidade de garantia da reparação do erário como forma de se garantir do pagamento da eventual multa civil seria conferir extensão não prevista em lei e, portanto, inconcebível.

---

<sup>28</sup> “Art. 147. Como medida cautelar e a fim de que o servidor não venha a influir na apuração da irregularidade, a autoridade instauradora do processo disciplinar poderá determinar o seu afastamento do exercício do cargo, pelo prazo de até 60 (sessenta) dias, sem prejuízo da remuneração. Parágrafo único. O afastamento poderá ser prorrogado por igual prazo, findo o qual cessarão os seus efeitos, ainda que não concluído o processo.”

<sup>29</sup> DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. BLOQUEIO DE BENS EM VALOR SUPERIOR AO INDICADO NA INICIAL DA AÇÃO DE IMPROBIDADE.

Em ação de improbidade administrativa, é possível que se determine a indisponibilidade de bens (art. 7º da Lei 8.429/1992) - inclusive os adquiridos anteriormente ao suposto ato de improbidade - em valor superior ao indicado na inicial da ação visando a garantir o integral ressarcimento de eventual prejuízo ao erário, levando-se em consideração, até mesmo, o valor de possível multa civil como sanção autônoma. Isso porque a indisponibilidade acautelatória prevista na Lei de Improbidade Administrativa tem como finalidade a reparação integral dos danos que porventura tenham sido causados ao erário. REsp 1.176.440-RO, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 17/9/2013. (Informativo n.º 533, de 12 de fevereiro de 2014, do Superior Tribunal de Justiça). (ANEXO G)

#### ACP. BENS. INDISPONIBILIDADE. MULTA.

A Turma decidiu que a indisponibilidade de bens decretada em ação civil pública (ACP) por ato de improbidade administrativa para assegurar o ressarcimento integral de danos causados ao erário pode abranger a multa civil, caso fixada na sentença condenatória (arts. 7º e 12 da Lei n. 8.429/1992). Precedentes citados: AgRg nos EDcl no Ag 587.748-PR, DJe 23/10/2009; AgRg no REsp 1.109.396-SC, DJe 24/9/2009; REsp 637.413-RS, DJe 21/8/2009; AgRg no REsp 1.042.800-MG, DJe 24/3/2009, e REsp 1.023.182-SC, DJe 23/10/2008. REsp 957.766-PR, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 9/3/2010.

(Informativo n.º 426, de 08 a 12 de março de 2010, do Superior Tribunal de Justiça). (ANEXO H)

Não se pode, a pretexto de interpretar a lei, conferir elasticidade a ela para abranger circunstâncias, finalidade ou motivações nela não previstas. O artigo 37, § 4º da Constituição Federal é claro ao estabelecer que “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, **a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário** (...)” (grifamos). Assim, ressalvado melhor olhar sobre o tema, entendemos que a mais razoável exegese do dispositivo constitucional é a de que a indisponibilidade de bens serve à efetivação do ressarcimento ao erário. Qualquer finalidade ou motivação fora da constitucionalmente prevista, estar-se-á legislando por decisão judicial, o que não se admite num Estado que se diz Democrático de Direito.

Outrossim, a própria Lei Federal n.º 8.429/92 estampa a finalidade da indisponibilidade de bens:

Art. 7º Quando o ato de improbidade causar **lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito**, caberá a autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado.  
Parágrafo único. A indisponibilidade a que se refere o caput deste artigo recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito. (grifamos)

Dessa forma, embora seja o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, o entendemos equivocado, devendo ser a indisponibilidade de bens deferida para, única e exclusivamente, resguardar a recomposição do erário e a efetivação do perdimento dos bens amealhados ilicitamente pelo agente público ou terceiro.

Em relação aos requisitos para sua concessão, remetemos o leitor ao capítulo 5 desta monografia, excerto em que os analisaremos à luz da jurisprudência sedimentada do Superior Tribunal de Justiça.

### **3 TÉCNICAS DA COGNIÇÃO NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

Cogição é sinônimo de conhecimento. Portanto, no escólio de Câmara (2013, p. 307), “cogição é a técnica utilizada pelo juiz para, através da consideração,

análise e valoração das alegações e provas produzidas pelas partes, formar juízos de valor acerca das questões suscitadas no processo, a fim de decidi-las.”.

Desta forma, a cognição judicial é o caminho pelo qual envereda o magistrado para que, pautado nas diversas formas legalmente previstas, entrega ao jurisdicionado o que o Direito lhe reserva, estando presente em todos os procedimentos, embora de forma mais ressaltada em uns que em outros.

Note-se, entretanto, que não basta dar acesso ao jurisdicionado à ordem jurídica através do **conhecimento** das questões por ele suscitadas em juízo. Muito mais que isso, a Constituição impõe que essa ordem jurídica seja **justa** (WATANABE, *apud* GONDINHO, 1999, p. 99) e que seja garantido àquele que bate às portas do Estado a duração razoável de sua pretensão, incluindo-se, a atividade satisfativa (art. 3º do Código de Processo Civil de 2015).

É majoritário na doutrina brasileira<sup>30</sup> que a cognição deve ser estudada em duas direções: a horizontal (plena ou parcial) e a vertical (exauriente, superficial ou sumária). Acolhendo as lições doutrinárias, Gondinho (1999, p. 99), estabelece que:

**O plano horizontal se refere ao objeto da cognição, ou seja, a toda questão processual ou de mérito que seja permitida ao juiz conhecer dentro da técnica processual utilizada. Neste plano, classifica-se a cognição em plena ou limitada (parcial) segundo a extensão permitida.**

**O plano vertical, por seu turno, se refere ao grau de profundidade com que o aplicador do Direito deve conhecer cada objeto da cognição. Este conhecimento pode ser exauriente (completo) ou sumário (incompleto).**

Há, ainda, uma forma de cognição bastante escassa, sendo mesmo eventual, que é a cumprida no processo de execução. **Mesmo no processo de execução, o juiz é chamado inúmeras vezes a proferir juízos de valor acerca de várias questões processuais, sendo isto corrente na doutrina a afirmativa de que existe cognição no processo de execução.** Com a combinação destas modalidades de cognição, será possível a construção de procedimentos variados e adequados às várias situações de direito material carentes de tutela. Neste sentido, várias combinações podem ser feitas (...). (grifos constam do original)

---

<sup>30</sup> Neste sentido: Marinoni (2018, p. 29-30); Câmara (2013, p. 312); Didier Jr. (2017, p. 504-505) e Watanabe (1987, p. 84-94).

Por conclusão, então, tem-se que as técnicas de cognição (exauriente, sumária, plena e parcial) estão estruturadas dentro das tutelas jurisdicionais, que é apenas uma das formas de Tutela Estatal, que também se dá no campo legislativo e administrativo, conforme vimos acima. Logo, não se confunda tutela do direito material com a técnica de cognição. São institutos diversos. A tutela é a efetiva proteção (ressarcimento, obrigação positiva ou negativa, acautelamento e etc.) e a técnica de cognição é a via de acesso à tutela (MARINONI, 2018, p. 41-42).

Tem-se que a cognição parcial (âmbito horizontal) é aquela em que o juiz fica impedido de conhecer de determinadas questões, que podem, entretanto, serem objeto de outras demandas (GONDINHO, 1999, p. 113). Essa restrição pode se dar através da fixação do objeto litigioso ou do estabelecimento das lindes defensivas, sendo exemplos muito claros disso as ações possessórias e as cambiárias (MARINONI, 2018, p. 30), embora Cassio Scarpinella Bueno (2018, p. 386) também ressalte as ações de consignação em pagamento, os inventários e as desapropriações, “em que a defesa do expropriado fica limitada à discussão da justiça da indenização”.

A cognição sumária (âmbito vertical) evidencia a busca pela efetividade do processo, na medida em que busca “simplificar e acelerar a prestação jurisdicional” (GONDINHO, 1999, p. 109). É a que autoriza o juízo a se pronunciar com fundamento em juízo de probabilidade que, como bem ressalta Câmara (2013, p. 313-314), não se confunde com *possibilidade* ou mesmo *verossimilhança*, embora seja comum a confusão entre os substantivos. Assim ensina-nos o renomado processualista:

(...) *possível* é aquilo que pode ser verdade; *verossímil* é aquilo que tem a aparência de verdade; por fim, *provável* é aquilo que se pode considerar como razoável, ou seja, aquilo que demonstra grandes motivos para fazer crer que corresponde à verdade. Apresentam-se, pois, esses três termos como uma escala em direção à certeza: a mais tênue das três figuras é a mera *possibilidade* (capaz de excluir, apenas, os fatos impossíveis de terem ocorrido). Um pouco mais forte é a *verossimilhança* (que se afigura como aparência de que o fato ocorreu) e, por fim, a *probabilidade*, algo como uma “quase-certeza”.

Diversos são as tutelas jurisdicionais que se pautam numa cognição sumária, sendo as tutelas provisórias as que mais se destacam (Cautelares, Tutelas Antecipadas e Tutelas de Evidência).

Também importa anotar que, de acordo com Marinoni (2018, p. 34), as tutelas de cognição sumária nada declaram, apenas afirma a probabilidade da existência do direito alegado e, por esta razão, não produzem coisa julgada material.

A tutela de cognição superficial se pauta, nas palavras de Câmara (2013, 315-316), no juízo de verossimilhança, que se dá sobre as afirmações feitas e não sobre os fatos. Portanto, trata-se de um juízo que se produz sobre uma máxima de experiência, decorrente da verificação da frequência com que se produz o fato alegado pela parte, no que se difere da cognição sumária, que “se realiza após a produção de algumas provas.”.

Conhecidas as excepcionalidades, fica fácil estabelecer o que seria cognição exauriente (vertical) e plena (horizontal).

A cognição plena, típica do procedimento comum, é a cognição cujo conhecimento do juízo não está limitado de qualquer forma que seja, podendo os que se submetem a ela formularem quaisquer pedidos e/ou defesas que podem, ao menos em tese, ser examinadas pelo órgão do Poder Judiciário (BUENO, 2018, p. 386).

Por sua vez, a cognição exauriente é aquela exarada a partir de um juízo de certeza, resolvendo-se definitivamente o caso posto após todo o exercício do contraditório e ampla defesa e que se submete à coisa julgada (imutabilidade e indiscutibilidade).

Ao analisarmos a lei federal n.º 8.429/92, percebe-se que a discussão acerca da existência ou não do ato de improbidade deve ser submetido a uma cognição exauriente e plena, notadamente pelo fato desta lei estar inserida na seara do direito administrativo sancionador e, portanto, muito do que se admite em matéria penal é para cá trazido sem qualquer óbice.

No entanto, quanto às cautelares previstas, ressalvado melhor olhar sobre a questão, entendemos que a cognição desenvolvida pelo órgão julgador é a sumária, posto que, via de regra, está reservada a análise das tutelas provisórias de natureza cautelar, como as previstas nos artigos 7º, 16 e 20, parágrafo único.

#### 4 INDISPONIBILIDADE DE BENS NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento sobre o tema comentado ao julgar, sob o rito dos recursos repetitivos, o Recurso Especial 1.366.721/BA (ANEXO I), cuja ementa segue abaixo transcrita:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. APLICAÇÃO DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 543-C DO CPC. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CAUTELAR DE INDISPONIBILIDADE DOS BENS DO PROMOVIDO. DECRETAÇÃO. REQUISITOS. EXEGESE DO ART. 7º DA LEI N. 8.429/1992, QUANTO AO PERICULUM IN MORA PRESUMIDO. MATÉRIA PACIFICADA PELA COLENDIA PRIMEIRA SEÇÃO.

1. Tratam os autos de ação civil pública promovida pelo Ministério Público Federal contra o ora recorrido, em virtude de imputação de atos de improbidade administrativa (Lei n. 8.429/1992).

2. Em questão está a exegese do art. 7º da Lei n. 8.429/1992 e a possibilidade de o juízo decretar, cautelarmente, a indisponibilidade de bens do demandado quando presentes fortes indícios de responsabilidade pela prática de ato ímprobo que cause dano ao Erário.

3. A respeito do tema, a Colenda Primeira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial 1.319.515/ES, de relatoria do Em. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator para acórdão Ministro Mauro Campbell Marques (DJe 21/9/2012), reafirmou o entendimento consagrado em diversos precedentes (Recurso Especial 1.256.232/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19/9/2013, DJe 26/9/2013; Recurso Especial 1.343.371/AM, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18/4/2013, DJe 10/5/2013; Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial 197.901/DF, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 28/8/2012, DJe 6/9/2012; Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial 20.853/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 21/6/2012, DJe 29/6/2012; e Recurso Especial 1.190.846/PI, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 16/12/2010, DJe 10/2/2011) de que, "(...) no comando do art. 7º da Lei 8.429/1992, verifica-se que a indisponibilidade dos bens é cabível quando o julgador entender presentes fortes indícios de responsabilidade na prática de ato de improbidade que cause dano ao Erário, estando o periculum in mora implícito no referido dispositivo, atendendo determinação contida no art. 37, § 4º, da Constituição, segundo a qual 'os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o

ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível'. O periculum in mora, em verdade, milita em favor da sociedade, representada pelo requerente da medida de bloqueio de bens, porquanto esta Corte Superior já apontou pelo entendimento segundo o qual, em casos de indisponibilidade patrimonial por imputação de conduta ímproba lesiva ao erário, esse requisito é implícito ao comando normativo do art. 7º da Lei n. 8.429/92.

Assim, a Lei de Improbidade Administrativa, diante dos velozes trâfegos, ocultamento ou dilapidação patrimoniais, possibilitados por instrumentos tecnológicos de comunicação de dados que tornaria irreversível o ressarcimento ao erário e devolução do produto do enriquecimento ilícito por prática de ato ímprobo, buscou dar efetividade à norma afastando o requisito da demonstração do periculum in mora (art. 823 do CPC), este, intrínseco a toda medida cautelar sumária (art. 789 do CPC), admitindo que tal requisito seja presumido à preambular garantia de recuperação do patrimônio do público, da coletividade, bem assim do acréscimo patrimonial ilegalmente auferido".

4. Note-se que a compreensão acima foi confirmada pela referida Seção, por ocasião do julgamento do Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Especial 1.315.092/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 7/6/2013.

**5. Portanto, a medida cautelar em exame, própria das ações regidas pela Lei de Improbidade Administrativa, não está condicionada à comprovação de que o réu esteja dilapidando seu patrimônio, ou na iminência de fazê-lo, tendo em vista que o periculum in mora encontra-se implícito no comando legal que rege, de forma peculiar, o sistema de cautelaridade na ação de improbidade administrativa, sendo possível ao juízo que preside a referida ação, fundamentadamente, decretar a indisponibilidade de bens do demandado, quando presentes fortes indícios da prática de atos de improbidade administrativa.**

6. Recursos especiais providos, a que restabelecida a decisão de primeiro grau, que determinou a indisponibilidade dos bens dos promovidos.

7. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e do art. 8º da Resolução n. 8/2008/STJ.

(grifos que não constam do original)

(REsp 1366721/BA, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/02/2014, DJe 19/09/2014)

Em síntese, como ressaltado na ementa acima transcrita, o Superior Tribunal de Justiça debruçou-se sobre a exegese do artigo 7º da Lei de Improbidade Administrativa, analisando especificamente a (im)prescindibilidade da demonstração do "periculum in mora" para o exame do pedido de indisponibilidade de bens no bojo

das ações de improbidade administrativa, discutindo-se, inclusive, se a medida de indisponibilidade estaria inserta nas tutelas de urgência ou de evidência.

Para a análise do caso, entretanto, impõe-se o exame das tutelas provisórias e, por fim, o estabelecimento de um diálogo entre a conclusão do Superior Tribunal de Justiça e o Código de Processo Civil de 2015.

#### 4.1 Tutelas Provisórias – Antigo e Novo Código de Processo Civil

A lei 13.105, de 16 de março de 2015, que revogou expressamente a lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973, reestruturando consideravelmente o processo civil brasileiro.

Dentre tantas mudanças, uma das mais radicais se vislumbrou no que se cunhou como tutela provisória<sup>31</sup>. Cassio Scarpinella Bueno (2018, p. 282 – 283) bem ressalta essa modificação, assim como toda a problemática ocorrida no transcurso do processo legislativo:

---

<sup>31</sup> Nome equivocado para parte da doutrina. Dentre todos, citamos Eduardo José da Fonseca Costa que, no livro *Comentários ao Código de Processo Civil*, coordenado por Alexandre Freire e organizado por Lenio Luiz Streck, Dierle Nunes e Leonardo Carneiro da Cunha (2017, p. 414-415), assim critica a nomenclatura utilizada: “(...) O livro V não poderia haver recebido nome pior: ‘Da tutela provisória’. Afinal, ele não delimita o objeto de que trata. Nele se estabelecem as regras sobre a tutela de urgência cautelar, a tutela de urgência satisfativa e a tutela de evidência (pura). Entretanto, nem todas elas são provisórias. Não se pode confundir ‘provisório’ com ‘temporário’. *Temporária* é a providência que não é concedida para ser substituída por sentença definitiva (p. ex., caução de dano infecto); em contraposição, *provisória* é a providência que há de ser substituída por sentença definitiva (p. ex. tutela de urgência satisfativa) (cf. SILVA, Ovídio Araújo Batista da. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 73). As tutelas satisfativas de urgência e de evidência são *provisórias*, porquanto a partir delas a relação processual civil continua e elas tendem a ser sucedidas por uma sentença definitiva. Contudo, como se verá melhor adiante, a tutela de urgência cautelar é *temporária*, já que, em razão de sua autonomia, é eficaz enquanto útil. Além disso, eventualmente, pode haver tutela satisfativa de urgência ou evidência que seja *definitiva*. Saber se uma tutela antecipada é *provisória* implica saber se a realização prática da pretensão de direito material objeto do litígio é *reversível* no plano fático. Só isso. Pouco importa, para que aconteça a satisfação, que o juiz ‘diga o direito’ a título definitivo: quem satisfaz sob cognição exauriente, satisfaz ‘dizendo o direito’ sob juízo de aparência; quem satisfaz sob cognição sumária, satisfaz ‘direito o direito’ sob juízo de certeza. Apreciação definitiva do mérito da causa e satisfação da pretensão de direito material objeto do litígio não são fenômenos necessariamente coexistentes, pois. Por isso, quanto maior o grau de irreversibilidade, tanto maior a definitividade da satisfação (ex.: liminar demolitória). Por fim, se a ‘tutela provisória’ é gênero, então o Livro V não traz todas as suas espécies. Afinal de contas, nem toda tutela provisória é tutela de urgência ou de evidência. Tome-se o exemplo do ‘cumprimento provisório da sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa’ (arts. 520 a 522): trata-se de adiantamento ou antecipação resolúvel de eficácia executiva, por meio do qual se busca abreviar o processo e coarctar a chicana, especialmente de devedor que, para protelar a satisfação do crédito exequendo, tenta aproveitar-se da suspensividade do recurso interposto da decisão de improcedência da impugnação.”

Dentre as várias modificações propostas pelos Projetos e, antes deles, pelo Anteprojeto elaborado pela Comissão de Juristas, a disciplina reservada, pelo CPC de 2015, ao que o CPC de 1973 chamava de “tutela antecipada” e “processo cautelar” era uma das que mais chamava a atenção. Isso porque a realocação da matéria, lado a lado, e longe da *forma* como estava no CPC de 1973 – e isto era ainda mais evidente quando analisado na perspectiva do “processo cautelar” – mostrava-se bastante radial e, não havia por que negar, extremamente positiva, ao menos naquela perspectiva.

O Projeto do Senado, seguindo os passos do Anteprojeto, propunha, em substituição aos dois mencionados institutos, o da “tutela antecipada” do art. 273 e do art. 461, § 3º, e do “processo cautelar e tutela da evidência”, veiculada em seus arts. 269 a 286. O Projeto da Câmara propôs, em seu lugar, disciplina denominada “tutela antecipada”, que ocupava seus arts. 295 a 313.

Chama-se a atenção, portanto, mesmo dentro dos limites deste *Manual*, constatar que o CPC de 2015 refere-se ao tema com *nomenclatura* diversa, como se verifica de seus arts. 294 a 311: “tutela provisória”.

Para o prezado leitor que entender se tratar de mera mudança de nome, quiçá mais adequado para descrever a novel disciplina legislativa, não haverá maiores dificuldades de entender que as modificações ocorridas na última etapa do processo legislativo não esbarram no *devido processo legislativo* (art. 65, parágrafo único, da CF). Diferentemente para quem compreende que a nova disciplina legal vai além de meras questões terminológicas, o vício no processo legislativo é conclusão irretorquível, a começar pelo nome dado ao instituto.

Ocorre que a demonstração de ter havido extrapolação na última etapa do processo legislativo pressupõe, ao menos em larga escala, que haja (ou que houvesse) alguma certeza sobre a interpretação do que fora projetado pelo Senado e pela Câmara para fornecer parâmetros seguros de comparação entre um e outro Projeto e, conseqüentemente, para aferir eventual inconstitucionalidade formal.

A conclusão a que chego a respeito do tema neste *Manual* (...) não evidencia maiores problemas quando ao ponto (...) embora se lamente (...) a alteração de nome ocorrida na reta final do Projeto do Senado, porque ele está longe de descrever o alcance das normas por ele acobertadas. De qualquer sorte, nomes são nomes e, por definição, não podem querer se sobrepor às realidades, ainda que normativas, que eles descrevem. (...)

Ressalvado melhor olhar sobre o ponto examinado, partilhamos o entendimento segundo o qual nomenclaturas não têm aptidão de modificar a essência do instituto e, conquanto reprovemos o desprezo pelo devido processo legislativo, tal fato não acarreta qualquer efeito quanto à realidade por ele descrita e dele decorrente.

Prontamente devemos lembrar que um dos escopos do processo está relacionado à concretude do direito substancial a ser tutelado (escopo jurídico). Ocorre que, muitas vezes as situações práticas com as quais lidam os operadores do direito apresentam-se de forma especialíssima, em que sobressaltam aos olhos a postura do Poder Judiciário para afastar os riscos decorrentes da marca processual. Por conta destes casos, desenvolveram-se técnicas em que, a partir de um juízo de razoabilidade e proporcionalidade, a tutela ao direito agredido ou ameaçado fosse prestada de forma a viabilizar a efetividade da futura declaração judicial acerca dele. Cuida-se de obrigação que recai sobre o próprio Estado, que detém a titularidade do exercício da jurisdição, como bem grifa Marinoni (2018, p. 63):

Se o Estado passa a ter dever de tutelar os direitos fundamentais, **a jurisdição**, além de ter que dar atuação às normas que lhes dão proteção e de suprir a omissão de proteção legislativa a estes direitos, **obviamente passa a ter que outorgar tutela jurisdicional efetiva** (art. 5º, XXXV, CF) **e tempestiva** (art. 5º, LXXVIII, CF) **a todo e qualquer direito**. (grifos não constam do original)

Por esta razão é que, já no Código de Processo Civil de 1973, o legislador optou por cuidar da tutela antecipada e do processo cautelar, cujos principais vetores são a busca pela melhor distribuição do ônus da duração do processo e a garantia da efetividade da proteção do direito material. Neste sentido, citamos a esclarecedora doutrina de Humberto Theodoro Júnior (2017, p. 778) sobre o tema:

Mas, há situações concretas em que a duração do processo e a espera da composição do conflito geram prejuízos ou risco de prejuízos para uma das partes, os quais podem assumir proporções sérias, comprometendo a efetividade da tutela a cargo da Justiça. O ônus do tempo, às vezes, recai precisamente sobre aquele que se apresenta, perante o juízo, como quem se acha na condição de vantagem que afinal virá a merecer a tutela jurisdicional. Estabelece-se, em quadras como esta, uma situação injusta, em que a demora do processo revertesse em vantagem para o litigante que, no enfoque atual, não é merecedor da tutela jurisdicional. Criam-se, então, *técnicas de sumarização*, para que o custo da duração do processo seja melhor distribuído, e não mais continue a recair sobre quem aparenta, no momento, ser o merecedor da tutela da Justiça.

Segundo a geografia do código revogado, as tutelas provisórias, assim nominadas pelo diploma processual de 2015, encontravam-se cindidas. A antecipada estava maciçamente alocada no livro que tratava do processo de conhecimento (Livro I). Às cautelares, por sua vez, reservou-se livro próprio (Livro III), que era subdividido nos capítulos das disposições gerais (Capítulo 1) e dos procedimentos cautelares específicos (Capítulo 2).

Como já citamos acima, a novel legislação pretendeu unificar a disciplina legal das tutelas cautelares e antecipadas num livro único (Livro V), além de delas destacar, e então positivar, a tutela da evidência.

Outro ponto de grande relevância do novo diploma processual, que inclusive já fora atestado nesta monografia, foi a extinção das cautelares nominadas, ou específicas, conferindo-se ao juízo um dever-poder geral de cautela para, de acordo com as necessidades do direito material, aplicar a cautelar que melhor ressalve a efetividade do processo.

Hipoteticamente a distinção das tutelas cautelar e antecipada é clara. No entanto, essa tarefa pode se tornar tormentosa diante dos casos concretos.

O artigo 269 do Projeto do Senado Federal trazia dois parágrafos que muito bem delineavam as tutelas cautelares e as antecipadas (satisfativas). Segundo o parágrafo primeiro, seriam “medidas satisfativas as que visam antecipar ao autor, no todo ou em parte, os efeitos da tutela pretendida”. Por sua vez, o parágrafo segundo estabelecia que são cautelares “as que visam a afastar riscos e assegurar o resultado útil do processo” (BUENO, 2018, p. 679).

Logo, podemos inferir das lições supra, que a cautelar busca a proteção do direito alegado, afastando qualquer situação de perigo que possa obstar o resultado útil do processo; já a antecipada, traz consigo a característica de satisfação, ainda que parcial, do direito alegado como violado ou ameaçado. Entretanto, continua o citado Professor (BUENO, 2018, p. 279-280), como já antes dissemos, a empreitada em distinguir o *satisfazer* do *assegurar* “nem sempre é simples (...). Até porque (...) assegurar pode também (ou é também) satisfazer, ainda que em menor intensidade; satisfazer pode também (ou é também) assegurar, ainda que em menor intensidade”.

As tutelas de urgência (antecipada e cautelar) somente podem ser deferidas quando presentes seus pressupostos que, nos termos do artigo 300 do Código de Processo Civil são a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco

ao resultado útil do processo. Aferidos os tais pressupostos, seja liminarmente ou ainda após justificação prévia, o juízo poderá (deverá) deferir a tutela de urgência, exigindo-se, a depender do caso em concreto e das condições econômicas do requerente da tutela, caução para fins de possível ressarcimento dos danos decorrentes do deferimento da tutela<sup>32</sup>.

Como já tratamos acima, errou o legislador ao inserir, na redação do artigo 301, as modalidades de cautelares das quais o juízo poderá se valer para afastar o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, ao passo que, sem a devida definição legal, torna-se inócua a citação de exemplos de cautelares. Ademais, entendemos que se o legislador imaginou ampliar os poderes dos magistrados para que pudessem aplicar a(s) cautelar(es) que melhor atendessem as peculiaridades do caso em concreto, não se vê motivação para aquela redação e, portanto, boa é a crítica de Cassio Scarpinella Bueno (2018, p. 698), quando sustenta que o artigo teria sido melhor redigido tivessem sido suprimidas as cautelares citadas.

Ambas as modalidades de tutela de urgência podem ser requeridas em caráter antecedente ou incidental, isto é, antes ou concomitante à discussão da lide principal. Os artigos 303 e 304 do Código de Processo Civil atual cuidam do procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente. Do artigo 305 ao 310, o legislador disciplinou o procedimento antecedente da tutela cautelar. Como se percebe da leitura do Código revogado, não havia previsão de um procedimento antecedente no tocante à tutela antecipada e, nisso também inovou o Código revogador, estabelecendo, inclusive, o que chamou de estabilização da tutela

---

<sup>32</sup> Art. 302. Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se:

I – A sentença lhe for desfavorável;

II – Obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias;

III – Ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal;

IV – O juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor.

Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível.

antecipada<sup>33</sup>, modalidade de preclusão que ocorre quando não há impugnação do deferimento da tutela antecipada por aquele em face de quem foi requerida<sup>34</sup>.

Em síntese, o procedimento se dá a partir de uma petição inicial em que o requerente apresentará ao juízo competente – aquele que detém competência para processar e julgar a causa principal – “a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo”, afinal, como tutela de urgência que é, para o deferimento da tutela antecipada antecedente, deve-se apresentar os requisitos do artigo 300 do Código de Processo Civil. A partir do deferimento da tutela, “o autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em 15 (quinze) dias ou em outro prazo maior que o juiz fixar”, nos mesmos autos e sem a “incidência de novas custas processuais”. A partir de então, segue-se o rito do procedimento comum, estabelecido do artigo 318 ao 512, do Código de Processo Civil de 2015. Todavia, em não havendo o aditamento que prevê o artigo 303, parágrafo primeiro, inciso I, o processo será extinto sem resolução do mérito.

---

<sup>33</sup> Oportuna a lição de Cândido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes (2017, p. 29), sobre este novo instituto: “Embora todas as tutelas provisórias sejam suscetíveis de revogação ou modificação a todo tempo (e por isso é que são *provisórias* – CPC, art. 296), uma disciplina muito peculiar é disposta pelo Código de Processo civil vigente em relação à tutela antecipada de urgência postulada em caráter antecedente.

Seu art. 304, *caput*, dispõe que, concedida a antecipação, ela se torna *estável* ‘se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso’. O processo será extinto mas, de acordo com o § 2º do art. 304, ‘qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabelecida’. A decisão antecipatória ‘conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2º (art. 304, § 3º) e o ‘o direito rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada previsto no § 2º deste artigo, extingue-se após dois anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1º (art. 304, § 5º). Sobre a natureza da estabilidade da decisão antecipatória, o § 6º do art. 304 esclarece que ‘a decisão que concede a tutela *não fará coisa julgada*, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes.

Tem-se portanto uma decisão antecipatória que se estabiliza independentemente de confirmação ulterior em decisão que julgue o mérito da causa. Ela se estabiliza mas não faz coisa julgada. Mesmo após passado o prazo de dois anos para a propositura da demanda destinada a rever, reformar ou invalidar a decisão antecipatória, não formará a coisa julgada. A estabilidade se fortalecerá mas não contará com atributos idênticos à eficácia preclusiva e à função positiva da coisa julgada (*infra*, n. 140).”

<sup>34</sup> Não obstante a letra da lei refira-se a “recurso” para impedir a ocorrência da estabilização da tutela, a melhor interpretação a respeito do tema deve ser ampliativa, cabendo qualquer meio impugnativo para que se obste a sua efetivação no processo. Neste sentido são o enunciado 43 do Fórum Nacional do Poder Público (*qualquer medida impugnativa apresentada pela Fazenda Pública que controverta o direito sobre o qual se funda a antecipação de tutela concedida em caráter antecedente constitui meio idôneo para impedir a estabilização da demanda, prevista no art. 304 do CPC*), assim como o entendimento exarado pelo C. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.760.966/SP, em que se confirmou a interpretação extensiva do dispositivo ora comentado para também admitir como obstativa da estabilização a apresentação de contestação.

Se, por outro lado, o juízo competente entender não existirem os pressupostos do artigo 300 do Código de Processo, indeferirá a tutela antecipada, porém, conferirá ao seu requerente o prazo 05 dias para que emende sua petição inicial e, feito isso, seguir-se-á o procedimento comum.

Se da decisão que conceder a tutela, o requerido não recorrer, ocorrerá a estabilização da tutela, uma das novidades da novel legislação processual, consoante já analisado acima. Neste caso, o processo será extinto, porém, “qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada”, no prazo de dois anos, “contados da ciência da decisão que extinguiu o processo” cuja decisão não foi objeto de impugnação. A final, como também já aduzido, “a decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes”, no prazo e na forma acima delineada.

Embora seja o tema seja cativante, novo e relevante e, em função disto, muito poderia se dizer a seu respeito, tomando em conta o objeto a que se pretendeu esta monografia, pedimos vênias para seguir adiante.

Também há possibilidade de ser deferida a tutela de urgência cautelar, isto é, com finalidade de se pôr a salvo a efetividade do processo, em caráter antecedente, à exemplo do que ocorria com o não mais existente “processo cautelar”.

O novo código, como dito, extinguiu as cautelares nominadas e, em contrapartida, deferiu ao magistrado o dever-poder geral de cautela para tomar qualquer “medida idônea para asseguarção do direito”.

A tutela cautelar requerida em caráter antecedente deve ser apresentada mediante uma petição inicial que “indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo”. Após a distribuição da petição inicial, o requerido será citado para contestar o pedido, indicando as provas que pretende produzir, no prazo de cinco dias; se não o fizer, “os fatos alegados pelo autor presumir-se-ão aceitos pelo réu como ocorridos, caso em que o juiz decidirá” no prazo impróprio, como sói ser, de cinco dias. Uma vez contestada a inicial, “observar-se-á o procedimento comum”.

Efetivada a cautelar, o pedido principal do seu requerente deve ser deduzido nos mesmos autos e dispensada o pagamento de novas custas, no prazo

máximo de trinta dias, se já não o fez em conjunto com a petição inicial que trazia o pedido de tutela cautelar. Não somente o pedido, mas também a causa de pedir poderá ser aditada. Efetivados os atos acima, o processo segue o rito comum, com audiência para tentativa de conciliação e abertura de prazo para contestação.

A tutela cautelar perde sua eficácia quando “o autor não deduzir o pedido principal no prazo legal”; “não for efetivada dentro de trinta dias” e “o juiz julgar improcedente o pedido principal formulado pelo autor ou extinguir o processo sem resolução de mérito”. Em qualquer dos casos, findada a eficácia da tutela cautelar, a parte não poderá mais renová-la, ressalvado novo fundamento.

Por fim, devemos consignar que de forma salutar o artigo 310 do Código de Processo Civil deixou claro que “o indeferimento da tutela cautelar não obsta a que a parte formule o pedido principal, nem influi no julgamento desse, salvo se o motivo do indeferimento for o reconhecimento de decadência ou de prescrição”.

A novidade<sup>35</sup> do código de 2015 reside no fato de que, não obstante o direito material merecer tutela em razão da urgência, há casos em que a evidência pode justificar, repisamos, uma melhor distribuição do ônus do tempo de duração do processo entre autor e réu, autorizando que o juiz, em cognição sumária, após juízo de probabilidade, adiante os (ou alguns dos) “efeitos que somente seriam obtidos quando do trânsito em julgado da decisão de mérito.” (FONSECA, D’ORIO, FAGUNDES e ARMELIN, 2018, p. 531).

A evidência, segundo ensina Didier Jr., Braga e Oliveira (2017, p. 699-700) “é fato jurídico processual. É o estado processual em que as afirmações de fato estão comprovadas” e, enquanto fato jurídico, é passível de tutela em juízo de forma provisória ou definitiva<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> Quando nos referimos a tutela da evidência como novidade do código, queremos dizer que a novidade reside no reconhecimento legal de sua existência de forma expressa e taxativa. Contudo, é deveras relevante demarcar que o instituto não é novo ao Direito brasileiro. Yarshell e Abdo (2018, p. 417) esclarece, que: “Essa técnica não é nova. Há quase quatro décadas, Andrea Proto Pisani já preconizava a necessidade de técnica jurisdicional *diferenciada*, por meio da *sumarização* da cognição, toda vez em que se verificasse o abuso do direito de defesa ou a ausência de impugnação pela parte. Nem no ordenamento jurídico processual brasileiro trata-se de verdadeira inovação. A tutela imediata do direito evidente já estava presente, entre outros, no procedimento monitório, nas liminares em matéria locatícia, nas demandas possessórias, nos embargos e na impugnação ao cumprimento de sentença que versam excessos de execução (CPC de 1973, arts. 739-A, § 5º, e art. 475-L, § 2º) e na própria antecipação dos efeitos da tutela prevista pelo art. 273 do CPC de 1973 em suas hipóteses do inciso II (abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu) e § 6º (incontrovérsia).”

<sup>36</sup> Complementam os comentados autores (2017, p. 700): “Assim, a evidência pode servir às tutelas definitivas ou ‘provisórias’. São técnicas que servem à *tutela definitiva, fundada em cognição exauriente*: a) a criação de um procedimento especial como o mandado de segurança e a ação monitória; e b) a permissão para a instauração da execução definitiva, por credor que esteja munido de

Importante consignar observação de Flávio Luiz Yarshell e Helena Abdo (2018, p. 471) sobre a tutela de evidência:

Apesar da origem latina e – para alguns, também grega – do vocábulo *evidência*, não se pode descartar a possível influência do significado da palavra inglesa *evidence* na concepção da tutela de evidência (...)

*Evidence*, em inglês, quer dizer *prova*. Aparentemente, não é mera coincidência a circunstância de que, como será abordado adiante, 3 (três) das 4 (quatro) hipóteses previstas nos incisos do art. 311 do Código exigem *prova documental* como requisito essencial para concessão da tutela da evidência.

Ao contrário das demais previsões de tutela provisória, a tutela da evidência baseia-se na premissa de que a parte que demonstra, com razoável grau de probabilidade, ser titular de um direito a ser protegido pelo ordenamento jurídico (*direito evidente*) não merece suportar os ônus decorrentes da demora da (sic) necessária para obter a prestação jurisdicional. Nesse caso, justifica-se a inversão do encargo decorrente do tempo necessário para o processo e, assim, a entrega – ainda que provisória – do bem da vida pretendido àquele que demonstra o direito evidente.

Some-se à constatação supracitada a classificação apresentada por Didier Jr., Braga e Oliveira (2017, p. 702):

Há, assim, duas modalidades de tutela provisória de evidência nos moldes do art. 311 do CPC: a) *punitiva* (art. 311, I), quando ficar caracterizado o “abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte”; b) *documentada*, quando há prova documental das alegações de fato da parte, nas hipóteses do art. 311, II a IV, que determinam a probabilidade de acolhimento da pretensão processual.

Certo é que a tutela de evidência veio atender ao comando constitucional da duração razoável do processo, afinal, “quanto maior a demora do processo, maior é o dano imposto às partes. A lentidão processual prejudica, em maior medida, o litigante que tem razão” e isso porque, “ao se consignar que o objetivo do direito fundamental preconizado no art. 5, XXXV, da Constituição é assegurar o acesso à ordem jurídica justa, amplia-se a extensão da garantia de acesso à justiça” (CAMBI e NEVES, 2018, p. 87), atendendo ao fundamento da República que é a dignidade da

---

título executivo extrajudicial. É técnica que serve à *tutela provisória, fundada em cognição sumária*. Aqui surge a chamada tutela provisória de evidência.

pessoa humana e, portanto, não só se justifica a tutela jurisdicional provisória em face de sua urgência, mas, também, diante da evidência do direito.

Seguindo-se, há que se questionar se as hipóteses estabelecidas pelo legislador nos incisos do art. 311 se tratam de rol taxativo do cabimento da tutela de evidência ou se é rol meramente demonstrativo. E vamos mais além: devemos refletir sobre a finalidade da tutela conferida com fundamento na evidência, isto é, poderia ela ser deferida com finalidade satisfativa, acautelatória ou ambas?

Numa primeira visada, pode um leitor apressado, a forma como redigido o artigo 311 do Código de Processo Civil, ser conduzido ao entendimento de que se trata de rol taxativo, não se admitindo concessão de tutela de evidência fora daquelas hipóteses. Contudo, se bem observado, o dispositivo parece mais ampliar que restringir a devida distribuição do ônus do tempo no transcurso do processo. Veja, por exemplo, que são diversos os casos que podem se enquadrar na hipótese do inciso IV (quando *a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável*), sem contar o fato de o ordenamento jurídico vigente prever diversas outras hipóteses para o deferimento da tutela provisória de evidência<sup>37</sup>.

Por esta razão, comungamos com o posicionamento de Cassio Scarpinella Bueno (2018, p. 721 – 722) a este respeito, qual seja:

(...)

A concessão da “tutela da evidência” independe da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, isto é, para empresas a expressão geralmente usada para descrever uma e outra situação, de *periculum in mora*. É esta a sua marca característica, contrapondo-se à tutela de urgência: a desnecessidade de urgência para a sua concessão. Esse entendimento, que decore do próprio *caput* do art. 311, permite compreensão mais ampla do instituto em busca de outras hipóteses, ao menos assimiláveis à tutela da evidência aqui examinada, que podem ser localizadas no próprio Código de Processo Civil ou na legislação extravagante. Não que elas mereçam ser interpretadas à luz do art. 311 ou que o rol desse dispositivo deva ser interpretado ampliativamente. O que ocorre é que o art. 311 é regra que veio para generalizar hipóteses que, em rigor, já eram encontradas no direito brasileiro e que

---

<sup>37</sup> Em sentido contrário, entretanto, Humberto Theodoro Júnior (2017, p. 884), para quem: “Em lugar de conceituar genericamente a tutela da evidência, o novo Código preferiu enumerar, de forma taxativa, os casos em que essa modalidade de tutela sumária teria cabimento. Não se pode, por isso, ampliar sua área de atuação mediante interpretação extensiva.”

continuam previstas pelo Código de Processo Civil, a autorizar o magistrado, mesmo independentemente de urgência, a tutelar *imediatamente* determinados direitos. É o que se dá, apenas para fins ilustrativos, com a colheita de provas antecipadamente (art. 381, II e III); com as “ações possessórias” (art. 562, *caput*); com a fruição de bens por herdeiros ao longo do inventário (art. 647, parágrafo único); com o resguardo de bens para o nascituro em nome do inventariante (art. 650); e, de forma mais ampla, com a própria pretensão recursal (arts. 1.012, § 4º, e 1.026, § 1º).

Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2017, p. 702) deixam claro entenderem que o rol constante do artigo 311 do Código de Processo Civil não é taxativo, pois, além dos casos de tutela da evidência nele previsto, não se pode olvidar a existência de outros dispositivos do próprio Código de Processo e, também, de leis especiais, que admitem a comentada tutela<sup>38</sup>. A bem da verdade, o rol do artigo 311 do Código teria amplitude suficiente para alcançar (como de fato alcança) qualquer situação jurídica conflituosa.

Quanto ao seu conteúdo, isto é, se antecipatório ou cautelar, devemos convergir ao entendimento de que a tutela da evidência se presta para quaisquer uma destas finalidades, assim, pode ser deferida com a finalidade de acautelar o direito, como para antecipá-lo. Nesse sentido, entendemos que assiste razão a Humberto Theodoro Júnior (2017, p. 882):

A tutela da evidência, embora haja controvérsia, pode dar-se por qualquer provimento que se mostre adequado às circunstâncias do caso concreto: seja por meio de medida *satisfativa*, seja por medida *conservativa*. O que distingue a tutela da evidência das medidas de urgência é a desnecessidade do *periculum in mora* (art. 311, *caput*). Este pode favorecer o seu deferimento, mas não é requisito indispensável.

Os casos de tutela da evidência são tipicamente hipóteses de antecipação de tutela satisfativa, mesmo porque o que se protege diretamente é a própria usufruição do direito material, e não propriamente a conservação da utilidade do processo. Não é fácil imaginar, *in concreto*, medidas apenas cautelares na espécie.

Não se pode, nada obstante, ser radical a ponto de se negar, em caráter absoluto, o cabimento de eventual medida cautelar, dentro da sistemática da tutela da evidência. Como as medidas

---

<sup>38</sup> Complementam os citados autores em nota de rodapé: “Relembrando-se que se o procedimento especial não tiver previsão própria de concessão de tutela provisória de evidência, não há óbice a que seja concedida, se preenchidos os pressupostos genéricos do art. 311, CPC. A tutela provisória também é cabível nos *procedimentos especiais* que sejam compatíveis com providências dessa natureza, por força do art. 318, p. único, CPC.”.

cautelares não prescindem do pressuposto do perigo de dano, o caso acabaria, na maioria das vezes, melhor enquadrado nas tutelas de urgência do que na tutela da evidência. No entanto, o direito positivo prevê alguns casos de medidas cautelares que, sem o pressuposto do *periculum in mora*, cuidam de proteção a direitos evidentes, como, *v.g.*:

(a) o arresto de bens do devedor, quando este não é encontrado para a citação executiva (art. 830);

(b) o sequestro de receita pública na execução contra a fazenda pública, no caso de desobediência à ordem cronológica dos precatórios (art. 100, § 6º, da CF);

(c) a separação de bens do espólio, no processo de inventário, quando: (i) a habilitação de crédito se funda em título documental (art. 643, parágrafo único), e (ii) a solução da habilitação de herdeiro for remetida para as vias ordinárias (art. 627, § 3º);

(d) a autorização para levantamento imediato pelo réu do depósito feito pelo autor na ação de consignação em pagamento, mesmo quando contestado o pedido (art. 545, § 1º). Em todas essas hipóteses, o fundamento da medida cautelar é simplesmente a comprovação imediata do direito material da parte, sem qualquer cogitação de risco iminente de prejuízo para o credor, de modo que a tutela se apresenta como relacionada com direito evidente apenas.

Na mesma trilha, Cassio Scarpinella Bueno (2017, p. 721):

O art. 311 do Código de Processo Civil disciplina o que chamou de “tutela da *evidência*”, ou, mais precisamente, a tutela *provisória* fundamentada em *evidência*, distinguindo-a, inclusive no local em que regulamentada, da “tutela de *urgência*”, iniciativa plenamente harmônica com a distinção feita desde o *caput* do art. 294 entre uma e outra.

Correto entender, a partir da afirmação do parágrafo anterior, que é irrelevante para a tutela da evidência que ela tenha natureza *antecipada* ou *cautelar*, isto é, que sua finalidade seja *satisfativa* ou *assecuratória*.

Destarte, ao menos para nós (e com a devida vênia aos que entendem de forma distinta), o rol do art. 311 veio apenas espriar a tutela da evidência para todo e qualquer processo, ou seja, para além das hipóteses previstas nos procedimentos especiais, não se admitindo, portanto, dizer que o rol nele constante é taxativo, sob pena de assumir a revogação tácita de todos os demais casos previstos em legislação. Quanto mais, em relação à finalidade da tutela da evidência, entendemos que se trata de tutela que pode ser utilizada tanto para acautelamento, como para satisfação do direito em litígio.

## 4.2 A Indisponibilidade de Bens como Tutela da Evidência Cautelar

O Superior Tribunal de Justiça, ao se debruçar sobre a exegese do artigo 7º, parágrafo único, da lei federal 8.429/92, em regime de repetitivos, entendeu que para a decretação da indisponibilidade de bens, bastaria a demonstração de fortes indícios da prática de ato de improbidade administrativa (*fumus boni iuris*). O *periculum in mora* (tentativa, ou efetiva prática, de dilapidação patrimonial furtiva à eventual e futura responsabilização pelo ato de improbidade), por sua vez, restaria implícito no artigo de lei.

Note-se excerto do inteiro teor do acórdão, tirado do julgamento do Recurso Especial 1.366.721/BA (Voto vencedor – Eminente Ministro Og Fernandes):

(...)

Percebe-se que o sistema da Lei de Improbidade Administrativa admitiu, expressamente, a tutela de evidência. O disposto no art. 7º da aludida legislação, em nenhum momento, exige 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.

(...)

Para a Corte Superior, portanto, a medida cautelar prevista na legislação especial (lei federal 8.429/92) se trata de tutela da evidência, dispensando-se, portanto, a demonstração do perigo na demora para sua concessão.

Em sentido contrário, entretanto, o Eminente Ministro Relator, Napoleão Nunes Maia Filho, que defendeu a necessária demonstração dos requisitos da tutela de urgência para o deferimento da medida, por considerá-la inserta nesta modalidade de tutelas provisórias, e não naqueloutra.

Outrossim, o ilustre doutrinador Marçal Justen Filho (2018, p. 1249 – 1250) também discorda desta interpretação, e assim justifica seu posicionamento:

(...)

Igualmente improcedente é a tese de que a medida liminar de indisponibilidade de bens não dependeria de indício de inviabilidade de satisfação pelo réu da condenação devida. Essa tese infringe a proporcionalidade.

Os defensores da tese do cabimento da tutela de indisponibilidade automática dos bens não formularam uma solução para a hipótese de improcedência da ação; Suponha-se que o réu não

seja condenado pela improbidade a ele imputada, qual seria a disciplina aplicável pela indisponibilidade de bens?

O réu inocentado, que sofre uma constrição patrimonial indevida durante todo o período do processo, tem direito a obter uma compensação. Negar ao réu inocentado o direito a ser compensado pela indisponibilidade de seu patrimônio implicaria uma violação insuportável aos valores essenciais de Justiça e Democracia. É inafastável, em tal caso, o direito do indivíduo a obter uma indenização pelas perdas e danos decorrentes da indisponibilidade do patrimônio. Em tal hipótese, caberia indagar se a indevida imposição da indisponibilidade de bens, gerando inclusive o dever de o Estado indenizar os prejuízos do particular, não configuraria por si só um ato enquadrável no elenco do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa.

Apesar disso, existe orientação jurisprudencial prevalente no sentido da legitimidade de medida liminar de indisponibilidade de bens, independentemente da presença dos requisitos de aparência de bem direito e (em especial) perigo na demora.

Com razão a mencionada doutrina levanta a questão da responsabilidade do Estado nestes casos. A própria jurisprudência é clara no sentido de que a responsabilidade decorrente da execução da tutela provisória é objetiva, pois “quem tem interesse, para sua conveniência (cômodo), em executar a cautelar ou a sentença provisória, suporta a inconveniência (incômodo) de indenizar o prejuízo causado, se decair da medida ou for vencido na ação. Nada mais certo e justo.”. (LACERDA *apud* CASTRO, 2018, p. 143).

Aliás, acolhendo o entendimento jurisprudencial e doutrinário acima citado, a própria lei vigente obriga ao executor da medida responder pelos danos dela decorrentes quando vencido na ação ou ainda quando extinta pelo órgão *ad quem*:

Art. 302. Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se:

I – a sentença lhe for desfavorável;

II – obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias;

III – ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal;

IV – o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor.

Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível.

Não existe prerrogativa sem responsabilidade a ela correspondente. Se assim fosse, o Estado de Direito não se sustentaria. Por esta razão, data vênia dos entendimentos contrários, a prerrogativa de executar medidas tão drásticas como a indisponibilidade de bens vem casada com a responsabilidade de ressarcimento de eventual dano suportado pelo réu nos casos e na forma prevista em lei (incisos do art. 302 e seu respectivo parágrafo único, do Código de Processo Civil).

Com a devida vênia aos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, há alguns pontos daquele decisório que a nós parecem confundir conceitos que a Lei Processual vigente não mais admite confusão.

Note-se, inicialmente, que o voto vencedor aduz que a indisponibilidade de bens, constante do artigo 7º, da Lei 8.429/1992, se trata de tutela de evidência, na medida em que a mencionada lei “estabelece um regime acautelatório próprio a assegurar o ressarcimento dos cofres públicos” e, neste sentido, “o requisito do *periculum in mora* está implícito no próprio comando legal”.

Ora, como bem fez o legislador, o regime das tutelas de evidência não considera o perigo na demora e, assim, dizer que este requisito, íntimo das tutelas de urgência, restaria implícito no comando legal é, no mínimo, dispensável.

Entretanto, logo após arguir que o *periculum in mora* resta implícito no dispositivo legal, o voto vencedor conclui este requisito das tutelas de urgência nunca foi previsto na lei especial e, assim, o deferimento da medida cautelar reclama, apenas “a demonstração, numa cognição sumária, que o ato de improbidade causou lesão ao patrimônio público ou ensejou enriquecimento ilícito.”

Conclui-se da seguinte maneira:

Nessa linha de raciocínio, inclusive, cito trecho do parecer proferido pela Procuradoria para este recurso especial, na forma do qual: “(...) há situações atípicas em que o ordenamento jurídico autoriza sejam tomadas medidas dessa natureza sem que seja necessária a demonstração da intenção de o agente dilapidar ou desviar o seu patrimônio, presumindo, assim, a presença do *periculum in mora* em razão do próprio bem tutelado (...). De igual modo, a Lei n. 8.429/92, visando à defesa do patrimônio público e atendendo ao comando constitucional do art. 37, § 4.º, da CF, trouxe a possibilidade de decretação de indisponibilidade de bens do agente ímprobo ou do beneficiário sem exigir a demonstração de atos de dissipação patrimonial, consoante disposto na redação do art. 7.º (...)” (e-STJ, fls. 396/397).

Inegável, pois, que a medida cautelar instituída pela Lei de Improbidade Administrativa apresenta-se com caráter especial – que realça a necessidade de segurança jurídica, não estando submetida, 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.  
(...)

Novamente o Superior Tribunal de Justiça, agora no voto do Eminentíssimo Ministro Mauro Campbell Marques, insiste na demonstração do perigo na demora, embora indique que a indisponibilidade de bens tem caráter de tutela da evidência.

(...)  
Ocorre que, no caso da indisponibilidade de bens em ação civil pública de improbidade administrativa, prevista no art. 7º da LIA, não se vislumbra uma típica tutela de urgência, como descrito acima, mas sim uma tutela de evidência, uma vez que o *periculum in mora* não é oriundo da intenção do agente dilapidar seu patrimônio visando frustrar a reparação do dano e sim da gravidade dos fatos e do montante do prejuízo causado ao erário, o que atinge toda a coletividade.  
(...)

Creemos que as “confusões” citadas acima decorrem do fato de, à época do julgamento do caso estudado, o Código de Processo Civil ainda não vigorar e, por isso, o desenho legal das tutelas que se cunhou chamar provisórias, com todas as suas limitações e conceitos, ainda não se encontrava perfeito e acabado. Note-se que o julgado é de 03/06/2015, cuja afetação se deu aos 22/10/2013 e, por óbvio, o regramento aplicado ao caso era aquele de 1973<sup>39</sup>.

Data máxima vênua ao entendimento majoritário da doutrina e pacificado da jurisprudência a respeito de que, para a indisponibilidade de bens, basta a demonstração dos fortes indícios de ato de improbidade administrativa que tenha acarretado prejuízos ao Erário e/ou enriquecimento do agente/terceiro, não podemos concordar a partir dos estudos efetivados.

Inicialmente, parte-se o pressuposto constitucional de que para a privação da liberdade ou dos bens do indivíduo, deve-se garantir o devido processo,

---

<sup>39</sup> Enunciado administrativo n. 1: O Plenário do STJ, em sessão administrativa em que se interpretou o art. 1.045 do novo Código de Processo Civil, decidiu, por unanimidade, que o Código de Processo Civil aprovado pela Lei n. 13.105/2015, entrará em vigor no dia 18 de março de 2016. (disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/portalep/Institucional/Enunciados-administrativos>>. Acesso em: 17 de ago. 2019, às 10h27).

tanto no seu aspecto formal, como no seu aspecto material (ou substancial), como ensina-nos Daniel Amorim Assumpção Neves (2016, p. 114):

Atualmente, o princípio do devido processo legal é analisado sob duas óticas, falando-se em devido processo legal substancial (*substantive due process*) e devido processo legal formal (*procedural due process*). No sentido substancial o devido processo legal diz respeito ao campo da elaboração e interpretação das normas jurídicas, evitando-se a atividade legislativa abusiva e irrazoável e ditando uma interpretação razoável quando da aplicação concreta das normas jurídicas. É campo para a aplicação dos princípios – ou como prefere parcela da doutrina, das regras – da razoabilidade e da proporcionalidade, funcionando sempre como controle das arbitrariedades do Poder Público.

Originariamente voltado para a atuação do Poder Público, o devido processo legal substancial também vem sendo exigido em relações jurídicas privadas, com fundamento na vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, ainda que tal vinculação deva ser ponderada no caso concreto com o princípio da autonomia da vontade. Exemplo perfeito encontra-se no caso da aluna de universidade paulista quase expulsa de seus quadros em razão de ter assistido à aula de minissaia, mediante sindicância interna na qual não se concedeu direito de defesa à estudante. Ainda que a faculdade seja privada e tenha um regulamento por ela mesma criado, é natural que esse regulamento não possa contrariar os direitos fundamentais.

No sentido formal encontra-se a definição tradicional do princípio, dirigido ao processo em si, obrigando-se o juiz no caso concreto a observar os princípios processuais na condução do instrumento estatal oferecido aos jurisdicionados para a tutela de seus direitos materiais. Contemporaneamente, o devido processo legal vem associado com a ideia de um processo justo, que permite a ampla participação das partes e a efetiva proteção de seus direitos

Claro que não há direito absoluto, com a ressalva do direito de não ser torturado. Porém, como direito fundamental não se pode simplesmente dispensá-lo para a análise do caso.

Seguindo-se o raciocínio formulado, importa ainda considerar que em nenhum momento houve dispensa da demonstração do perigo na demora no texto legal. O que há, e isto não se pode negar, é a prerrogativa da autoridade administrativa que conduz o inquérito representar ao Ministério Público para a indisponibilidade dos bens do indiciado. Notem que, se admitirmos a leitura feita pelo Superior Tribunal de Justiça, poderemos lograr a absurda conclusão de que é o próprio Ministério Público quem delibera sobre a indisponibilidade ou não. Veja-se a redação do dispositivo:

Art. 7.º. Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá a autoridade administrativa responsável pelo inquérito **representar ao Ministério Público, PARA A INDISPONIBILIDADE DOS BENS DO INDICIADO**. (grifos que não constam do original)

Da mesma maneira que o dispositivo não indicou que para a indisponibilidade dos bens é necessário demonstrar o requisito do *periculum in mora*, **também não aduziu que o Ministério Público peticionará à autoridade judicial para a decretação da indisponibilidade de bens**, no entanto, não se cogita entender o dispositivo que o próprio *Parquet* pode, ele mesmo, deliberar sobre a indisponibilidade, embora a dicção legal má interpretada possa conduzir a este entendimento, afinal: à autoridade administrativa pode representar **ao Ministério Público** para a indisponibilidade.

Veja que se presumiu palavras na lei onde elas não existem de forma a interpretar para além do que o legislador cunhou e em total descompasso com o supracitado direito fundamental ao devido processo legal, como bem consignou o Eminentíssimo Ministro Arnaldo Esteves Lima:

A Lei de Improbidade, no art. 7º, não refoge da regra da Constituição. A regra da Constituição, em seu art. 93, IX, diz 'todas as decisões'. Basta verificarmos se se trata de uma decisão e não de um despacho de mero expediente. Sabemos que o CPC, no seu art. 162, define sentença, decisão e despacho. Então, tendo o conteúdo decisório e uma liminar que restringe a disponibilidade dos bens de alguém, evidentemente que tem um conteúdo decisório fortíssimo que restringe o patrimônio. A Constituição, no art. 5º, inciso LIV, diz que, nessas hipóteses, deve ser assegurado o devido processo, porque está restringindo um direito fundamental que é o direito ao patrimônio. (...)

De mais disso, entendemos que fundamentar se tratar de tutela da evidência porque “o *periculum in mora*, em verdade, milita em favor da sociedade, representada pelo requerente da medida de bloqueio de bens (...)” é demasiado exagero exegético por parte do interprete legal que, de forma autônoma, data vênua, acaba por inserir conceitos, hipóteses e conclusões que **não se encontram na lei** e,

portanto, muitas vezes acaba, ele próprio, legislando, ao invés de apenas interpretar o que legitimamente o Poder Legiferante produziu.

Como acima já estabelecido, o Código de Processo Civil pode ser amplamente aplicado no presente caso e, portanto, a tutela jurisdicional preventiva poderá ser concedida através da tutela de urgência, quando demonstrados os seus requisitos, e mesmo pela tutela da evidência, posto que também se reveste de finalidade acautelatória, como vimos, desde que presentes as hipóteses legalmente previstas (artigo 311, do Código de Processo Civil). Neste sentido, já lecionava o Professor Cassio Scarpinella Bueno (2013, p. 169 – 170):

É vencedor, na jurisprudência do STJ, o entendimento de que o *periculum in mora* autorizador da indisponibilidade de bens é *presumido*. Assim, v.g.: 1ª Turma, AgRg no AREsp 188.986/MG, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j.un. 28.8.2012, DJe 24.9.2012 e 1ª Seção, REsp 1.319.515/ES, rel. p./acórdão Mauro Campbell Marques, j.m.v. 22.8.2012, DJe 21.9.2012. **Para este Curso, a solução não pode ser generalizada, ficando reservada a prestação de “tutela de evidência” para os casos que possam ser albergados pelo inciso II e/ou pelo § 6º do art. 273 do CPC** (v. n. 2.5 do Capítulo 1 e n. 2 do Capítulo 5 da Parte I do vol. 4).  
(grifos não constam do original)

Em nosso sentir, somente desta forma é que se pode concretizar a defesa do patrimônio público (moral e material) com o devido respeito ao devido processo legal e com todos os demais direitos e garantias fundamentais, salvo melhor entendimento acerca da matéria. Vê-se que, de um lado, não se presume qualquer *periculum in mora*, onde não há previsão legal específica neste sentido e, de outro lado, face a uma defesa que não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável acerca das provas documentais produzidas em inicial, ou ainda, diante do nítido propósito protelatório da parte, nada impede o deferimento da *tutela da evidência* nos casos de ações por atos de improbidade administrativa, até porque, como já foi dito, as hipóteses legais genéricas são extensíveis aos procedimentos especiais.

Desse modo, entendemos que é plenamente possível o deferimento da tutela da evidência para o deferimento da medida de indisponibilidade de bens, porém, desde que seja dentro das hipóteses estabelecidas pela legislação. Se, em contrapartida, houver pedido de tutela *inaudita altera pars* sem a demonstração do

*periculum in mora*,<sup>40</sup> não se poderá deferi-la, por completa ausência de pressupostos legais para tanto.

Outro ponto crítico à tese veiculada pelo Superior Tribunal de Justiça é que o perigo na demora restaria presumido. Ora, se ele é presumido, não significa que seja dispensável e, assim, as circunstâncias do caso concreto poderão afastar tal presunção, impedindo o deferimento da tutela acautelatória pretendida. Se, de outro lado, advogarmos o entendimento de que a tutela da evidência poderá ser deferida à luz do rol constante do artigo 311 do Código de Processo Civil, no entanto, nem se discutirá a presunção ou não deste elemento, mas apenas os fortes indícios de prática de ato de improbidade que tenha causado lesão ao erário e/ou enriquecimento ilícito do agente público ou terceiro envolvido, desde que estes, em suas defesas, não apresentarem prova capaz de gerar dúvidas razoáveis.

A regra de nosso ordenamento jurídico é a observância estrita do devido processo legal. O artigo 5º da Carta Política de 1988 preconiza essa imposição e ninguém, nem mesmo aqueles suspeitos de lesar o patrimônio público em qualquer de seus aspectos (material e/ou imaterial), podem ser impedidos de gozar desse direito fundamental. A Lei estabelece as hipóteses em que a garantia do devido processo pode ser mitigada, distribuindo-se melhormente o ônus do tempo ou, ainda, estipulando casos em que, para que se atinja sua própria finalidade, que é exatamente a efetividade do processo, até porque devido processo sem efetividade, para nada serve, o juízo poderá, imbuído de seu dever-poder geral de cautela, deferir tutela preventiva.

---

<sup>40</sup> O perigo na demora deve ser compreendido, em nossa percepção, como a demonstração da efetiva, ou tentativa de dilapidação patrimonial pelo(s) réu(s) ou, ainda, nos termos das lições de Garcia e Alves (2017, p. 1074): “*quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz*” (artigo 804 do CPC revogado, que corresponde, em redação piorada, ao atual art. 300, §§ 1º e 2º, do CPC/2015, e também ao art. 9º, parágrafo único, I, do mesmo Código).”

## 5 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PROJETO DE LEI N.º 10887/2018

Não se olvida da imprescindibilidade da existência de uma legislação para a apuração e punição da improbidade administrativa. Trata-se de ferramenta indispensável para a manutenção da própria saúde da República.

Entretanto, como bem sabemos, juntamente com a ciência, moda, costumes, valores, culturas e todos os demais bens de uma sociedade, a corrupção e suas formas também evoluem, desenvolvem-se, se “aprimoram”. Exatamente por esta razão não se deve dormir em seu combate e enfrentamento.

Como dissemos, várias são as formas de tutela dos direitos por parte do Estado. Rememoremos a lição doutrinária de Luiz Guilherme Marinoni (2018, p. 22 – 23):

É preciso advertir que, além da tutela jurisdicional, os direitos encontram outras formas de tutela ou proteção por parte do Estado. (...)

O Estado, antes de tudo, tem o dever de proteger os direitos fundamentais mediante normas de direito. É o que ocorre, por exemplo, quando se pensa na legislação de proteção ao meio ambiente. (...)

Porém, como a edição da norma não basta, o Estado também tem o dever de fiscalizar o seu cumprimento, impor a sua observância, remover os efeitos concretos e derivados da sua inobservância, além de sancionar o particular que a descumpriu. (...)

Neste diapasão é que o Congresso Nacional tem se mobilizado para a reforma da Lei de Improbidade, e o faz através do PL n.º 10887/2018 (ANEXO J), de autoria do Deputado de São Paulo Roberto de Lucena (PODEMOS).

Especificamente em relação à indisponibilidade de bens, o citado projeto estabelece, em seu artigo 16, que:

Art. 16. Na ação por improbidade administrativa poderá ser formulado, em caráter antecedente ou incidente, pedido de indisponibilidade de bens dos réus, a fim de garantir a integral recomposição do erário e a aplicação de outras sanções de natureza patrimonial.

§ 1º O pedido de indisponibilidade pode ser formulado independentemente da representação de que trata o art. 6º desta lei.

§ 2º O pedido de indisponibilidade será concedido independentemente da demonstração de perigo de dano ou de

risco ao resultado útil do processo, desde que o juiz se convença da probabilidade da ocorrência dos atos descritos na petição inicial à luz dos seus respectivos elementos de instrução, após a oitiva do réu em 5 (cinco) dias.

§ 3º A medida pode ser decretada sem a oitiva prévia do réu, sempre que o contraditório prévio possa frustrar a efetividade da medida ou que haja outras circunstâncias que recomendem a proteção liminar.

§ 4º A constrição deverá recair sobre bens que sejam suficientes para a garantia do ressarcimento ao erário dos prejuízos patrimoniais alegados e da multa civil, independentemente da época de sua aquisição.

§ 5º O valor da indisponibilidade levará em conta a estimativa de dano indicada na petição inicial, permitindo-se a sua substituição por caução idônea, fiança bancária ou seguro-garantia judicial, a requerimento do réu, bem como a sua readequação durante a instrução do processo.

§ 6º A constrição patrimonial poderá incidir sobre bem de família, sempre que ausentes outros bens disponíveis em montante suficiente à garantia pretendida, competindo ao requerido a demonstração dessa suficiência.

§ 7º A indisponibilidade de bens de terceiro depende da instauração de incidente de desconsideração da personalidade jurídica, a ser processada na forma da lei processual.

§ 8º Quando for o caso, o pedido incluirá a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais.

§ 9º Aplica-se à indisponibilidade prevista neste artigo, quando requerida de forma antecedente, o previsto nos arts. 305 e 308 a 310, da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

§ 10. Aplica-se à indisponibilidade de bens, regida por esta lei, no que for cabível, o regime da tutela provisória da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

§ 11. Da decisão que defere ou indefere a medida de indisponibilidade cabe agravo de instrumento, nos termos da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

Com efeito, percebe-se que o legislador pretende colocar uma pedra sobre a discussão a respeito da natureza da tutela de indisponibilidade, isto é, se de urgência ou se de evidência. Define, de uma vez por todas, que o deferimento da indisponibilidade independe da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, “desde que o juízo se convença da probabilidade da ocorrência dos atos descritos na petição inicial” apresentada, após a oitiva do réu, no prazo de 05 dias ou, *inaudita altera pars*, quando demonstrado que o “contraditório prévio possa frustrar a efetividade da medida ou que haja outras circunstâncias que recomendem a proteção liminar”.

Salvo melhor juízo, não há qualquer relevância prática para as novas redações legais, a não ser trazer segurança jurídica o entendimento defendido no capítulo anterior. Note-se que a oitiva do réu no prazo de 05 dias é, exatamente, para a aferição da oposição de “prova capaz de gerar dúvida razoável”, constante do inciso IV, do artigo 311 do diploma processual vigente. Quanto mais, a demonstração de que o contraditório possa obstar a efetividade da medida, é a exata demonstração do perigo na demora e, então, fala-se de tutela de urgência.

O único problema que, em nossa perspectiva, acarreta certa insegurança jurídica é o final da redação do parágrafo terceiro, do artigo 16 do comentado projeto, pois abre-se de forma extremamente perigosa, a possibilidade de deferimento da indisponibilidade de bens. O que seriam circunstâncias que recomendam a proteção liminar, salvo quando demonstrado que o contraditório possa frustrar a medida? Aliás, essa própria situação (demonstração de prejuízo pelo exercício do contraditório) já é deveras aberta, dispensando-se qualquer outra forma de diferimento do exercício do contraditório.

A norma que impõe restrições deve ser interpretada de forma restritiva, isso é verdade. Porém, o que se fará quando, não obstante a norma impor uma interpretação limitada, o próprio texto admitir ampla e irrestrita possibilidade de enquadramento? Recomendável, portanto, em nossa visão, que o dispositivo seja melhor redigido neste aspecto.

Outro ponto de relevante modificação é a inserção da multa civil na base de cálculo para a indisponibilidade, conforme se denota textualmente do parágrafo quarto, do artigo 16, supracitado.

Como defendemos acima, entendemos que não há na lei autorização para compreendermos que a indisponibilidade deve abarcar eventual multa civil a ser aplicada, na medida em que o dispositivo legal vigente estabelece que “A indisponibilidade (...) recairá sobre bens que asseguem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito.” (art. 7º, parágrafo único, Lei 8.429/92).

Os parágrafos quinto e sexto tratam do objeto da medida de indisponibilidade, autorizando a substituição dos bens indisponíveis “por caução idônea, fiança bancária ou seguro-garantia judicial, a requerimento do réu, bem como a sua readequação durante a instrução do processo”, bem como a possibilidade de

incidência da indisponibilidade sobre bem de família, desde que ausentes outros bens disponíveis em montante suficiente à garantia pretendida, competindo ao requerido a demonstração dessa suficiência, cuja constitucionalidade, para nós, é questionável.

Os bens de terceiros somente poderão sofrer restrição após o devido processo, na forma de incidente de desconsideração da personalidade jurídica (§ 7º).

Circunstância salutar é a redação do § 8º, que busca alcançar “bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais”, perseguindo a efetividade do processo e a recomposição do Erário, assim como o pagamento da multa civil eventualmente aplicada.

Por fim, estabelece que a medida, se requerida em caráter antecedente, deve se pautar nos artigos 305 e 308 a 310, do Código de Processo Civil, além de que lhes são aplicáveis, no que cabível, as normas relativas às tutelas provisórias e que da decisão que enfrentar pedido de indisponibilidade de bens caberá recurso de agravo de instrumento, tal como prevê a atual legislação.

Aguardemos as discussões a respeito do projeto comentado e sua futura votação pelo Congresso Nacional, sempre na esperança de que o combate à corrupção seja uma bandeira de todos, sem que se olvide dos direitos e garantias fundamentais.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por toda a exposição feita nesta monografia, pudemos demonstrar que o processo é uma das formas para a tutela de direitos, revestindo-se o processo civil como ferramenta para a consecução da tutela exercida pelo Poder Judiciário.

Viu-se, também, que a moralidade administrativa e o patrimônio público são direitos fundamentais da coletividade que se inserem, a partir da classificação legal contida no artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, nos direitos difusos e, portanto, o Poder Legislativo, na sua atuação típica de legislar e também tutelar os titulares desses direitos difusos, elaborou a Lei 8.429/1992, que define condutas ímprobas e prevê sanções para os seus autores.

Com base na lei e nas lições da doutrina, pudemos aferir que o ato de improbidade administrativa é composto de quatro elementos constitutivos, quais sejam, o sujeito ativo, o passivo, o ato danoso (material ou imaterial) e o elemento subjetivo (dolo ou culpa grave, esta apenas nos casos tipificados no artigo 10 da Lei).

Estudou-se as principais características das ações de improbidade, quais sejam, a competência, a legitimidade ativa (concorrente e disjuntiva) e passiva, o rito especial e as tutelas preventivas.

Neste ponto, relevantes conclusões tiramos, tais como a inaplicabilidade das regras de foro por prerrogativas de função para os casos de processos por atos de improbidade administrativa, também se depurou a inviabilidade de tais ações serem processadas no âmbito das justiças especializadas e os casos específicos, à luz do artigo 109 da Constituição Federal, em que a justiça comum federal terá competência para seu processamento e, também, a definição do Superior Tribunal de Justiça quanto ao foro competente quando diversos forem os locais do dano<sup>41</sup>, da qual respeitosa discordamos, diante da previsão específica prevista no artigo 93 do Código de Defesa do Consumidor, diploma que compõe o núcleo duro do microsistema coletivo.

Pudemos concluir, outrossim, que a despeito da doutrina e jurisprudência em sentido contrário, o litisconsórcio passivo é necessário por razões que decorrem da própria causa de pedir e pedido, pois, como asseverado acima, bem

---

<sup>41</sup> A definição do foro competente se dará ante a maior concentração das provas, facilitando a defesa da moralidade e do patrimônio público em tese violados

diferente de julgar a os réus considerando-se a conduta particular de cada um deles, é escolher quais devem ser levados a julgamento e quais não devem.

Defendemos de forma fundamentada também que a reparação dos danos (materiais ou morais) não impede a aplicação da multa civil, na medida em que se distanciam em suas naturezas, pois a multa tem caráter de sanção e a reparação do dano decorre do próprio ato de violação ao bem jurídico material ou imaterial da coletividade.

Quanto às tutelas preventivas, a partir do texto legal, pudemos visualizar a existência de três delas: o sequestro, o afastamento do agente público e a indisponibilidade de bens.

Nessa toada, rechaçamos a possibilidade de sobrevivência do pedido de sequestro, entendendo que a ab-rogação das cautelares nominadas pelo Código de Processo Civil de 2015 impede, salvo melhor olhar sobre a matéria, a invocação desta cautelar específica com todas as suas características. Ademais, ainda sobre o tema, nem se diga que a tutela dos direitos coletivos ficou desassistida, ao passo que o Código de Processo Civil, em que pese ter reconfigurado as tutelas cautelares, ainda permite que estas sejam elaboradas de forma genérica (artigo 300, CPC), bastando a apresentação do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo e a probabilidade do direito alegado, cabendo ao juiz, em análise do caso em concreto, determinar a melhor medida para este acautelamento.

Quanto ao afastamento do agente público, que pode ser aplicada tanto pela autoridade judicial como administrativa, esta deve dar-se com finalidade de se garantir a instrução processual (apuração dos fatos) até mesmo por uma questão de proporcionalidade e razoabilidade, entendemos como Marcelo Figueiredo (2009, p. 230 – 231), para quem, “(...) perdura o tempo necessário à investigação” e, portanto, evidentemente que a duração prolongada das apurações poderá ser impugnada pelo agente público que foi afastado cautelarmente, “pois atritarão seus direitos”.

Por fim, pudemos constatar que a indisponibilidade de bens é medida com natureza acautelatória, analisada em cognição sumária pelo juízo, com finalidade de impedir a alienação, negociação, transação e disposição de bens e valores de propriedade do agente supostamente ímprobo (FIGUEIREDO, 2009, p. 68), a fim de que se assegure eventual e futuro ressarcimento do erário, perdimento dos bens

havidos ilicitamente ou, ainda, o pagamento da multa civil a ser aplicada no caso em concreto.

Com o máximo acatamento, fundamentamos nosso entendimento de que é ilegal a indisponibilidade de bens para a finalidade de garantir-se o pagamento da multa civil, isso porque a letra da lei é específica a respeito da finalidade da indisponibilidade de bens: “A indisponibilidade (...) **recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito**” (parágrafo único do artigo 7º da Lei de Improbidade Administrativa).

Ao estudarmos especificamente a medida ora comentada, tivemos de voltarmos os olhos e as atenções para o regime das tutelas provisórias tal como estabelecidas no Código de Processo Civil, fazendo um paralelo com a decisão prolatada pelo Superior Tribunal de Justiça em regime de repetitivos, analisando a jurisprudência – de observância obrigatória – a partir do texto legal.

Vimos que o Superior Tribunal de Justiça fez confusão acerca da classificação da indisponibilidade no campo da tutela da evidência e da presunção legal da existência do requisito do perigo na demora, o que se presume ocorrido em razão do fato de que, durante o julgamento e fixação da tese, o Código de Processo Civil ainda não vigia. Ora, se a tutela é de evidência, dispensa-se a existência do perigo na demora, posto que esta modalidade de tutela provisória se fundamenta na evidência, e o citado requisito somente tem relevância quando estamos na seara da tutela provisória fundamentada na urgência.

Outrossim, consideramos que a melhor exegese da tutela de indisponibilidade de bens deve considerar o caso em concreto, ao passo que, diferentemente do que pode parecer numa rasa análise do Código de Processo Civil, suas disposições acabam por aumentar o campo na defesa da garantia da recomposição do erário (em cognição sumária), sem que fique configurada a inconstitucionalidade da violação do devido processo legal, que a todos alcança. Explicamos:

Se provada a dilapidação ou sua tentativa, poder-se-á requerer tutela de urgência; no entanto, uma vez demonstrados os fortes indícios de prática de ato de improbidade a partir dos documentos apresentados pelo autor da ação de improbidade e constatada a ausência de prova apresentada pelo(s) réu(s) capaz de

gerar dúvidas razoáveis, o(s) autor(es) poderão formular pedido de tutela da evidência, com fundamento no artigo 311, inciso IV, do Código de Processo Civil. Isso porque, como apresentado alhures, a natureza da tutela da evidência poderá ser acautelatória e, ainda que se considere que a indisponibilidade é medida inserta no campo da tutela da evidência, nada impede que seja deferida diante de um caso concreto de tentativa de dilapidação patrimonial ou, ainda, sua tentativa.

Neste sentido, pensamos que somente desta forma é que se garantirá o devido processo legal sem prejuízos ou riscos desmedidos ao patrimônio público.

Sensível a este problema, o Congresso Nacional tem projeto de lei (PL n.º 10887/2018 – ANEXO J) que estabelece exatamente essa sistematização no tocante à indisponibilidade, isto é, estipula, como regra, que ela será analisada após oitiva prévia, no prazo de 05 dias, do(s) réu(s), “desde que o juiz se convença da probabilidade da ocorrência dos atos descritos na petição inicial à luz dos seus respectivos elementos de instrução”.

Claro que o PL será objeto de maiores discussões nas casas legislativas e que poderá ser modificado, além de poder ser, eventualmente, submetido à análise da doutrina e do Poder Judiciário, inclusive em âmbito de discussões acerca de possíveis inconstitucionalidades, contudo, a previsão de que a indisponibilidade independe de demonstração do perigo na demora já a elenca como tutela inserida no âmbito da tutela da evidência e, como já sustentado, isso não impede que, diante do caso concreto, seja avaliada o comentado pressuposto para que seja deferida em caráter urgente, inclusive *inaudita altera pars*.

## BIBLIOGRAFIA

- AMORIM JÚNIOR, Silvio Roberto Oliveira de. *Improbidade administrativa: procedimento, sanções e aplicação racional*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 16ª ed. Vol. 1 São Paulo: Saraiva, 2011.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: direito processual público, direito processual coletivo*. 4. ed. rev. e atual. Vol. 2, tomo III São Paulo: Saraiva, 2013.
- \_\_\_\_\_. *Novo código de processo civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- \_\_\_\_\_. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 9. ed. Vol. 1 São Paulo: Saraiva, 2018.
- \_\_\_\_\_. *Manual de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- \_\_\_\_\_, et al. (Coord.). *Tutela provisória no cpc: dos 20 anos de vigência do art. 273 do cpc/1973 ao cpc/2015*. São Paulo: Saraiva, 2018.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições preliminares de direito processual civil*. Vol. I. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- \_\_\_\_\_. *Lições preliminares de direito processual civil*. Vol. III. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- DALLARI, Adilson Abreu. *Elementos da teoria geral do estado*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- \_\_\_\_\_; NASCIMENTO, Carlos Valder do; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Tratado de direito administrativo*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2013.
- DIDIER JR. Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.
- \_\_\_\_\_; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório e tutela provisória*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.
- \_\_\_\_\_, ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo de direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa: comentários à lei 8.429/92 e legislação complementar*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

- GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- GONDINHO, André Osório. Técnicas de cognição e efetividade do processo, *Revista da EMERJ – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, nº 8, 1999, p. 99-117.
- LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 4. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela da evidência: soluções processuais diante do tempo da justiça*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.
- \_\_\_\_\_; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- \_\_\_\_\_. *Novo curso de processo civil*. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MEIRELLES, Hely Lopes; Wald, Arnoldo; Mendes, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2019.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, vol. único.
- \_\_\_\_\_; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa: direito material e processual*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. Vol. I. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo. (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.