

RECEBIDO EM: 13/04/2017

APROVADO EM: 04/05/2017

**UMA VISÃO CRÍTICA DA POSIÇÃO
DO STJ SOBRE O PERICULUM IN
MORA PRESUMIDO NAS AÇÕES
DE IMPROBIDADE PARA FINS DA
DECRETAÇÃO DA INDISPONIBILIDADE
DE BENS**

***A CRITICAL VIEW OF THE STJ'S POSITION ON PRESUMED
PERICULUM IN MORA ON IMPROBITY JUDICIAL ACTIONS FOR
THE PURPOSE OF DECREASING THE CAPITAL IMPLICATIONS***

Luis Renato Vedovato

Doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da USP.

Professor Doutor da UNICAMP.

Professor do Programa de Mestrado da UNIMEP.

Thiago Henrique Teles Lopes

Mestrando em Direito pela UNIMEP.

Pós-graduado em Direito Processual Civil pela UNISUL.

Juiz de Direito/SP.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Breves considerações sobre a tutela provisória no Novo Código de Processo Civil; 2 Das Tutelas Cautelares Expressamente Previstas na Lei de Improbidade Administrativa; 3 Da Posição do Superior Tribunal de Justiça para a Concessão da Indisponibilidade de Bens na Ação de Improbidade Administrativa; 4 Da Visão Crítica em Relação a Posição do Superior Tribunal de Justiça Quanto a Presunção do Periculum in Mora na Indisponibilidade de Bens; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo estabelece uma visão crítica acerca da posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça a respeito dos requisitos necessários para a decretação da indisponibilidade de bens do(a)s demandado(a)s nas ações de improbidade administrativa prevista na Constituição Federal de 1988 e na Lei de Improbidade Administrativa, apontando que se trata de uma pretensão nitidamente cautelar e, portanto, não se esgotaria apenas na presença do *fumus boni iuris* para a sua imposição, até porque se trata de medida suficiente enérgica que exige cautela e prudência, sob pena de total afronta a diversos princípios constitucionais, advertindo que não houve qualquer alteração nessa conclusão com o advento do Novo Código de Processo Civil. Logo, a indisponibilidade de bens prevista na Lei de Improbidade Administrativa não seria uma tutela de evidência, ao contrário do entendimento apontado pelo Superior Tribunal de Justiça, exigindo-se, pois, o preenchimento do *periculum in mora* para o seu deferimento. No trabalho, é utilizado o método de levantamento jurisprudencial comparativo.

PALAVRAS-CHAVE: Improbidade Administrativa. Indisponibilidade de Bens. STJ. Cautelar. Requisitos. *Fumus Boni Iuris*. *Periculum In Mora*.

ABSTRACT: The present article establishes a critical view on the position adopted by the Superior Court of Justice regarding the necessary requirements for the decree of the unavailability of defendant assets in the actions of administrative improbity foreseen in the Federal Constitution of 1988 and in the Law of Administrative Improbity, pointing out that it is a clearly precautionary claim and, therefore, would not be exhausted only in the presence of the *fumus boni iuris* for its imposition, even though it is a sufficient energetic measure requiring caution and prudence, under penalty of complete affront to various constitutional principles, Warning that there was no change in this conclusion with the advent of the New Code of Civil Procedure. Therefore, the unavailability of assets provided for in the Law of Administrative Improbity would not

be a safeguard of evidence, contrary to the understanding pointed out by the Superior Tribunal de Justiça, thus requiring the completion of the *periculum in mora* for its approval. In the work, the comparative case law method is used.

KEYWORDS: Administrative Improbability. Unavailability of Goods. STJ. Precautionary. Requirements. *Fumus Boni Iuris*. *Periculum In Mora*.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 alçou a probidade administrativa a uma categoria de dever ínsito a toda administração pública e, como corolário dessa importante percepção derivada do constituinte originário, previu em seu artigo 37, § 4º, a indisponibilidade de bens como uma medida possível de combate à prática de atos ímprobos pelos agentes públicos, notadamente para fins de ressarcimento do erário.

Entrementes, a Lei de Improbidade Administrativa regulamentou a matéria e, dentre outras medidas tipicamente cautelares constantes em seu bojo (afastamento cautelar do agente público e o sequestro de bens), delineou o contexto normativo para fins da decretação da indisponibilidade de bens em desfavor daquele que for sujeito a ação civil pública de responsabilidade por ato de improbidade administrativa.

A partir de então, a doutrina e a jurisprudência divergem em relação aos requisitos para que seja concedida a indisponibilidade de bens no âmbito da ação de improbidade administrativa. Nesse dilema, o Superior Tribunal de Justiça, após diversas decisões não uniformes, adotou o posicionamento encampado majoritariamente pela doutrina de que seria necessário apenas a presença do *fumus boni iuris*.

No entanto, tal entendimento, muito embora pretenda, em seu âmago, aprofundar o combate a improbidade administrativa, não encontra-se ancorado na melhor hermenêutica, notadamente porque, não obstante a existência de diversas razões para tanto, em se tratando de instituto nitidamente cautelar, não se permite o afastamento episódico de seus requisitos, dado, aliás, o alto grau de “agressão” que sua decretação causa ao cidadão ainda sem responsabilização definitiva.

Mesmo com o advento do Novo Código de Processo Civil (NCPC) que, por seu turno, alterou profundamente as tutelas provisórias, não houve modificação nos requisitos atinentes à tutela cautelar e a previsão em

separado da denominada tutela de evidência não se aplica a indisponibilidade de bens.

Este trabalho, portanto, cuja finalidade precípua inclina-se a proceder uma análise crítica do entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, destina-se a definir que a melhor hermenêutica para a questão encontra-se calcada na necessidade de que estejam presentes todos os requisitos da tutela cautelar para que haja a decretação da indisponibilidade de bens no âmbito da ação de improbidade administrativa, pois assim estar-se-ia preservando a higidez e legitimidade do Estado Democrático de Direito, como aquele que combate seus maus agentes, mas respeita o ordenamento jurídico e princípios jurídicos vigentes.

Inicia-se pela disposição do Novo Código de Processo Civil (NCPC) sobre o tema, com posterior enfoque na tutela cautelar especificamente quanto a ação de improbidade administrativa, passando para a delineação da posição do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em relação aos requisitos necessários para a decretação da indisponibilidade de bens do sujeito passivo, notadamente quanto a presunção da presença do *periculum in mora*, findando-se com a visão crítica acerca desse posicionamento.

Para a finalidade almejada no trabalho em epígrafe, é utilizado o método de levantamento jurisprudencial comparativo, mormente em virtude do paralelo estreito dos posicionamentos existentes a respeito do instituto da indisponibilidade de bens e seus requisitos preconizados na ótica jurisprudencial para a sua concessão.

Assim, pontua-se comparativamente, dentro do mesmo ordenamento jurídico, visões antagônicas na ótica jurisprudencial e, inclusive doutrinária, em relação aos requisitos que devem ser preenchidos para a decretação da indisponibilidade de bens na ação de improbidade administrativa, exatamente para que se possa concluir pelo equívoco da posição majoritariamente assumida pelo Superior Tribunal de Justiça.

1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A TUTELA PROVISÓRIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

No que toca ao conteúdo, a Probidade Administrativa é entendida como parte fundamental do princípio da moralidade da administração pública¹.

1 cf. NOGUEIRA, Victor Ximenes. Princípio da Moralidade e Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos. *REVISTA DA AGU*, [S.l.], mar. 2009. ISSN 2525-328X. Disponível em: <<http://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/306/204>>. Acesso em: 08 abr. 2017.

Todavia, relevante é a análise do processo. Assim, conforme ensinam Daniel Mitidiero, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart² a prática demonstrou que em decorrência do ônus temporal para a solução do processo tornou necessário a criação de uma técnica processual, na perspectiva dos direitos, para que a finalidade da administração da justiça civil fosse obtida de forma idônea, acarretando, pois, no surgimento da técnica antecipatória como forma de suplantar a morosidade que hoje se denominam tutelas provisórias, até mesmo como derivativo do acesso a ordem jurídica justa preconizada no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988.

Acrescentam, ainda, que:³

A técnica processual pode levar à tutela específica e à tutela pelo equivalente - ou pode simplesmente acautelar a fim de que essas tutelas um dia possam ocorrer. Todas essas tutelas podem ser alcançadas pelo procedimento comum e pelo emprego da técnica processual (arts. 294, 300 e 311).

Para efeito do presente trabalho, destarte, mostra-se prudente e necessário tecer alguns comentários sobre o instituto da tutela provisória delineada na acepção do Novo Código de Processo Civil (NCPC), notadamente em relação à sistemática e novidades para fins de ulterior aferição da questão processual prática inerente à indisponibilidade de bens na esfera da improbidade administrativa, porém sem a pretensão de aprofundamento e esgotamento da matéria por não ser o foco principal do tema. O “combate judicial à corrupção, à improbidade e à prática de atos administrativos ilegais, imorais ou lesivos”⁴ deve ser encarado como tão importante quanto qualquer outra atuação do agente público.

A novel legislação entrou em vigência no mês de março de 2016 e, dentre diversas outras importantes alterações, disciplinou em seus artigos 294 a 311 as denominadas tutelas provisórias que, por seu turno, substituíram o antigo processo cautelar autônomo disciplinado no Livro III da legislação anterior (CPC/1973) e a tutela antecipada prevista no antigo artigo 273, cuja pretensão, em resumo, visa solucionar as modalidades de

2 MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz Arenhart. *Novo Curso de Processo Civil. Tutela dos Direitos mediante Procedimento Comum*. v. 2, revista dos Tribunais, 2015. p. 196.

3 MITIDIERO; MARINONI; ARENHART, op. cit., p. 197.

4 cf. FARIA, Fernando Luiz Albuquerque. Institucional - A Procuradoria-Geral da União, Os Interesses Primários e Secundários do Estado e a Atuação Proativa em Defesa do Estado Democrático de Direito e da Probidade Administrativa. *REVISTA DA AGU*, [S.l.], dec. 2008. ISSN 2525-328X. Disponível em: <<http://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/309/200>>. Acesso em: 08 abr. 2017.

tutela jurisdicional sem conteúdo de solução definitiva do direito material, se subdividindo em tutela provisória de urgência e de evidência (não urgente).

A tutela provisória de urgência poderá ser cautelar (técnica destinada à conservação do resultado útil do processo) ou antecipada (satisfação imediata do bem da vida perseguido), além da permissão de ser requerida de forma antecedente ou incidental a ação (artigo 294, parágrafo único, do NCPC), cujo escopo leva em consideração o momento de formulação do referido pleito (antes ou depois do início do processo). Sua concessão, em qualquer caso (artigo 300, caput), pressupõe (a) a probabilidade do direito (*fumus boni iuris*) e (b) o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*), asseverando-se que o legislador optou pela atipicidade da tutela cautelar (artigo 301), mas sempre com vistas, repita-se, à conservação do direito vindicado.

Como consectário da alteração legislativa, houve distinção quanto ao procedimento a ser adotado a depender do momento em que requerida à tutela provisória de urgência (antecedente ou incidente) e a natureza do provimento vindicado (antecipada ou cautelar). No caso da tutela provisória concedida incidentalmente ao processo, inexistente alteração procedimental, pois o feito tramitará em consonância com o procedimento comum desde o início, ressaltando-se, apenas, a desnecessidade do pagamento de custas (artigo 295). O contrário, todavia, não acontece.

Na hipótese de tutela antecipada postulada em caráter antecedente, o artigo 303, caput, permite que o requerimento se limite ao pleito antecipatório almejado com sucinta exposição da lide, do direito buscado e do dano ou risco ao resultado do processo, inclusive com a possibilidade da estabilidade do decisor, tal como dispõe o artigo 304 do mesmo código. Na hipótese de haver o deferimento *in initio litis* do pretendido a título de urgência, deverá haver o aditamento da petição inicial (artigo 303, §§ 1º e 3º). Caso contrário, será necessário, desde logo, a emenda da petição inicial (artigo 303, § 6º).

Já a tutela cautelar em caráter antecedente deve ser almejada em petição inicial com indicação de seu fundamento, exposição sumária do direito e a indicação do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (artigo 305), sendo possível, no caso de erro quanto ao procedimento adotado, à conversão em outro (artigo 303). Em seguida, o réu deverá ser citado para apresentação da citação em 05 dias (artigo 306) que, uma vez apresentada, importará na conversão para o procedimento comum (artigo 307, parágrafo único) ou haverá, desde logo, a decisão se houver revelia (artigo 307, caput). Com a efetivação da tutela cautelar, a parte autora terá trinta dias para formular, nos mesmos autos, o

pedido principal mediante simples aditamento (artigo 308), sob pena de cessação da eficácia da tutela provisória cautelar (artigo 309), assim como nas hipóteses de ulterior improcedência ou extinção do processo sem resolução de mérito.

A tutela de evidência que segundo Luiz Fux⁵ teria sua derivação normativa oriunda do devido processo legal com disseminação para a legislação infraconstitucional, mesmo antes da vigência do NCPC, tais como no artigo 273, inciso II, do Código de Processo Civil de 1973, a liminar possessória (artigo 928 do CPC anterior) e a lei do mandado de segurança, passou a ser regulada na novel legislação processual, não obstante sua presença em outras disposições normativas esparsas, no artigo atual 311 do NCPC.

Sua principal característica e distinção em relação à tutela provisória de urgência (cautelar ou antecipada) é a ausência da exigência de comprovação do perigo de dano grave ou de difícil reparação (*periculum in mora*) para a sua concessão, bastando, pois, a presença do *fumus boni iuris*. Aqui, privilegia-se, segundo o critério adotado pelo legislador, a proteção do suposto direito narrado na peça preambular. É possível o seu deferimento liminarmente (artigo 311, parágrafo único).

3 DAS TUTELAS CAUTELARES EXPRESSAMENTE PREVISTAS NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

As alterações promovidas com a vigência do NCPC, no que interessa ao tema aqui estudado, modificaram somente o âmbito procedimental das medidas cautelares, principalmente, extirpando sua existência como processo autônomo. No entanto, seu escopo, qual seja, o de assegurar o resultado útil ulterior do direito material perseguido no processo, encontra-se fielmente mantido, além do que os requisitos para a sua concessão continuam intactos.

Nesse prisma, não obstante a possibilidade do requerimento de outras pretensões cautelares atípicas no âmbito da ação de improbidade administrativa⁶, inclusive para fins probatórios, tais como a busca e apreensão e a quebra de sigilo bancário, por exemplo, a LIA (Lei de Improbidade Administrativa) prevê expressamente a existência de três tutelas medidas cautelares típicas, quais sejam: a indisponibilidade de bens (artigo 7, parágrafo único), o sequestro de bens (artigo 16, §§ 1º e 2º) e

5 FUX, Luiz. *Tutela de Segurança e Tutela de Evidência*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 332-333.

6 JÚNIOR, Waldo Fazzio. *Improbidade Administrativa. Doutrina, Legislação e Jurisprudência*. 4. ed. 2016, Atlas, p. 364.

o afastamento provisório do agente público (artigo 20, parágrafo único), cujos conteúdos normativos abaixo transcrevo⁷, in litteris:

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.

Art. 16. Havendo fundados indícios de responsabilidade, a comissão representará ao Ministério Público ou à procuradoria do órgão para que requeira ao juízo competente a decretação do seqüestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.

§ 1º O pedido de seqüestro será processado de acordo com o disposto nos arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil

§ 2º 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.

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

Parágrafo único. A autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual.

As medidas cautelares no âmbito da tutela processual relativa à improbidade administrativa são de grande relevância para a efetividade do combate a essa maléfica prática no âmago da administração pública, notadamente em relação ao ressarcimento do dano causado ao patrimônio público, pois de nada adiantaria um sentença sem a garantia de sua utilidade

7 BRASIL. *Lei nº 8.429/1992, de 2 de junho de 1992*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 08 abr. 2017.

finalística que, no caso, sem qualquer dúvida, é a de reaver o dano causado ao erário⁸.

Especificamente quanto à indisponibilidade de bens, a própria Constituição Federal de 1988 (CF/88) possui previsão expressa a seu respeito no artigo 37, § 4º, em relação aos atos de improbidade administrativa, o que evidencia a importância do ato como consectário do ressarcimento inerente aos prejuízos sofridos pelo erário público em decorrência da prática de atos ímprobos de seus agentes ou terceiros que com eles se arregimentam, até porque conforme aludido pelo então Ministro do STF Ayres Britto⁹ “[...] a probidade administrativa é o mais importante conteúdo do princípio da moralidade pública. Donde o modo particularmente severo como a Constituição reage à violação dela, probidade administrativa [...]”

Inegavelmente, pelo que se vê, tais pretensões são de caráter, repita-se, eminentemente cautelar, pois visam, em último caso, garantir o resultado útil do processo, impondo-se sua reestruturação de acordo com a legislação processual vigente¹⁰, de modo que podem ser postuladas em caráter antecedente ou incidental (NCPC, artigo 294, parágrafo único) sem a necessidade, pois, de uma ação cautelar autônoma ou de maneira incidental à ação de improbidade administrativa, seja quando do seu ajuizamento (concomitantemente) ou em momento posterior, sem prejuízo, é claro, de atenção ao disposto no artigo 308 do NCPC na hipótese de requerida tutela cautelar antecedente, ou seja, ajuizamento do pedido principal em 30 dias.

4 DA POSIÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA A CONCESSÃO DA INDISPONIBILIDADE DE BENS NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Diante de diversas controvérsias a respeito dos requisitos para fins da decretação da indisponibilidade de bens de réus em ações de improbidade administrativa, inclusive no âmbito do próprio Superior Tribunal de Justiça, a referida Corte, em Recurso Especial afetado ao rito dos recursos repetitivos previsto no artigo 543-C do Código de Processo Civil de 1973 (atual 1.036 do NCPC), consolidou o entendimento de que seria desnecessária a demonstração

8 QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Livro da Justiça Federal de Pernambuco*. As Medidas Cautelares Previstas na Lei de Improbidade Administrativa: Natureza Jurídica e sua Repercussão no Princípio do contraditório. <<https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/viewFile/79/80>>, p. 299. Acesso em: 08 abr. 2017.

9 STF, AP 409, voto do rel. min. Ayres Britto, j. 13-5-2010, DJE de 1º-7-2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%20504>>. Acesso em: 08 abr. 2017.

10 ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. *Interesses Difusos e Coletivos*. 7. ed. Editora Método, 2016. p. 814.

do periculum in mora para sua concessão. Transcrevo, abaixo, parte da ementa do julgado mencionado¹¹, senão vejamos:

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. [...] Assim, a Lei de Improbidade Administrativa, diante dos velozes tráfegos, 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. [...]. 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 restabeleceu 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.

11 STJ, 1ª Seção, REsp nº 1366721 / BA, Rel. p/ acórdão Ministro O G Fernandes, publicado em 19/09/2014. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=INDISPONIBILIDADE+BENS+IMPROBIDADE+REQUISITOS+543&repetitivos=REPETITIVOS&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 08 abr. 2017.

Nesse prisma, segundo entendimento consolidado pela Corte Superior (STJ), inclusive em observância à doutrina majoritária¹², embora a indisponibilidade de bens no âmbito da ação de improbidade administrativa possua natureza tipicamente cautelar, sua concessão não pressupõe a comprovação do *periculum in mora*, pois este seria implícito ou presumido pela própria lei, bastando, pois, a existência de fortes indícios da prática de ato de improbidade administrativa (*fumus boni iuris*), ocasionando, na verdade, uma tutela de evidência.

As premissas utilizadas no voto vencedor capitaneado pelo Ministro O. G. Fernandes¹³ foram as seguintes:

- a) A LIA estabeleceu um regime cautelar próprio para assegurar o ressarcimento do erário público;
- b) O *periculum in mora* implícito é derivativo do artigo 7º da legislação atinente à improbidade administrativa e do comando constitucional que versa sobre ela (artigo 37, § 4º);
- c) O artigo 7º da LIA se trataria de uma tutela de evidência, portanto reclamaria apenas a demonstração provisória do *fumus boni iuris*, sem a necessidade de comprovação do *periculum in mora*, qual seja, de que o réu esteja dilapidando o patrimônio ou na iminência de fazê-lo;
- d) A medida cautelar disciplinada na Lei de Improbidade Administrativa é especial frente à compreensão geral das cautelares para o fim de realçar a necessidade de segurança jurídica;

12 NEIVA, José Antonio Lisboa. *Improbidade administrativa: estudo sobre a demanda na ação de conhecimento cautelar*. Niterói: Impetus, 2005, p. 133.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela jurisdicional cautelar e atos de improbidade administrativa. In: Bueno, Cassio Scarpinella; Porto Filho, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 303, 305-307.

GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 8. ed. 2ª tiragem, 2015. Saraiva, p. 1.061.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 51.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade administrativa*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1998. p. 240-241.

13 STJ, 1ª Seção, REsp nº 1366721 / BA. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=34251765&num_registro=201300295483&data=20140919&tipo=64&formato=PDF>, p. 2-3-14. Acesso em: 08 abr. 2017.

- e) O propósito da tutela a ser alcançada pela ação de improbidade administrativa é suficiente para a presunção do perigo da demora.

Conforme se vê, segundo o Superior Tribunal de Justiça a proteção jurídica diferenciada relativa a indisponibilidade de bens do acusado na ação de improbidade administrativa se baseia fundamentalmente na importância da tutela voltada a proteção da probidade administrativa com enfoque na técnica processual relacionada à tutela de evidência.

5 DA VISÃO CRÍTICA EM RELAÇÃO A POSIÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUANTO A PRESUNÇÃO DO PERICULUM IN MORA NA INDISPONIBILIDADE DE BENS

A dogmática jurídica, por vezes, coloca os operadores do direito em posição de mera aceitação implícita de teses majoritárias já consolidadas no âmbito dos Tribunais Superiores ou pela doutrina. Todavia, nem sempre tais teses são, necessariamente, as mais consentâneas com a melhor hermenêutica, principalmente quando se referem à constrição de outros direitos de igual relevância.

Aprofundando o estudo em epígrafe, é de salutar importância, aferir as premissas levadas a efeito nos votos vencidos no julgamento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema aqui analisado, os quais se inferem mais adequados a sistemática processual inerente a matéria. O Ministro Napoleão Nunes Maia Filho¹⁴ firmou as seguintes premissas:

- a) A indisponibilidade de bens é uma medida assecuratória no âmbito da ação de improbidade, possuindo, não destonado, pois, para a sua decretação dos requisitos cautelares;
- b) Não é uma tutela de evidência, tornado exigível a comprovação do periculum in mora, até porque não ostenta caráter de definitividade;
- c) A presunção do periculum in mora exigira prova negativa do acusado de que não irá dilapidar, alienar ou onerar seu patrimônio de forma a reduzir-se à insolvência;

14 STJ, 1ª Seção, REsp nº 1366721/BA. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=32546332&num_registro=201300295483&data=20140919&tipo=51&formato=PDF>, p. 17-23. Acesso em: 08 abr. 2017.

- d) O perigo da demora não pode ter como fundamento a gravidade do fato alegado na peça preambular, pois resultaria numa distorção do instituto;
- e) É necessária a comprovação de evidências veementes de que o acusado está tentando dilapidar seu patrimônio com o intuito de ulterior descumprimento do ressarcimento ao erário.
- f) Observância aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, devido processo legal e presunção de inocência;
- g) O Direito Sancionador não pode descambar para a inobservância das garantias processuais das pessoas processadas.

No mesmo julgamento, extrai-se do fundamento aduzido no voto vencido subscrito pelo Ministro Arnaldo Esteves Lima¹⁵ que o artigo 7º da LIA não foge à regra da fundamentação preconizada pelo artigo 93, IX, da CF/88 prevista para todas as decisões, o que evidencia, com maior enforque, a necessidade de que uma decisão liminar restritiva da disponibilidade patrimonial detenha enorme carga em relação aos bens de qualquer acusado, especialmente porque estar-se-ia afetando o direito fundamental ao devido processo legal previsto no artigo 5º, inciso LIV, da Carta Magna, o que impediria a adoção de um procedimento repetitivo nos moldes delineados no voto vencedor.

Ao contrário do asseverado pela tese vencedora no âmbito do STJ, não se está falando em tutela de evidência, diante do caráter nitidamente assecuratório da indisponibilidade de bens na esfera da improbidade administrativa (cautelar) e, portanto, sequer seria possível afiançar a possibilidade de se analisar a questão sob o prisma do atual artigo 311 do NCPD. Nesse desiderato, ponderou Benedito Cerezzo Pereira Filho¹⁶

[...] Sendo a tutela da evidência uma técnica antecipatória para satisfazer direito, não pode ser transvestida de cautelar e, muito menos, sem que se obedeça os requisitos da cautelaridade.

15 STJ, 1ª Seção, REsp nº 1366721/BA. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=34615642&num_registro=201300295483&data=20140919&tipo=52&formato=PDF>. Acesso em: 08 abr. 2017.

16 FILHO, Benedito Cerezzo Pereira. As Impropriedades da Lei de Improbidade. *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, v. 241. Ano 28. 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj- revista-electronica-2016_241_capDoutrina.pdf>, p. 448-449. Acesso em: 08 abr. 2017.

O novo Código de Processo Civil, em vigor desde o dia 18 de março de 2016, no seu artigo 311, elenca os casos permissivos da tutela da evidência. Além de deixar claro tratar-se de uma medida satisfativa, toda sua técnica é desenvolvida a partir da defesa apresentada pelo réu.

Não se concebe, pois, como prevalecer a interpretação realizada pelo Superior Tribunal de Justiça. Primeiro porque confunde técnica antecipatória com cautelar; segundo, porque seu deferimento, em regra, ocorre sem a oitiva da parte contrária. O julgador, no caso, contenta-se apenas com a evidência do direito do autor, não se preocupando com a defesa do réu. [...].

Em continuidade, estando a indisponibilidade de bens inserida no contexto das tutelas cautelares, até porque não se caracteriza como expropriatória, não há proporcionalidade na extirpação do requisito atinente ao *periculum in mora*, sob o fundamento do combate ao mal relacionado à improbidade administrativa, isso sem qualquer atenção as regras processuais previstas no ordenamento jurídico pátrio.

Ademais, estando à indisponibilidade de bens inserida no contexto das tutelas cautelares, até porque não se caracteriza como expropriatória, não há proporcionalidade na extirpação do requisito atinente ao *periculum in mora*, somente porque estar-se-ia aprofundando o combate ao mal relacionado à improbidade administrativa.

Não se afastam direitos e garantias constitucionais, como a presunção de inocência (CF/88, artigo 5º, LVII), o devido processo legal (CF/88, artigo 5º, inciso LIV), o da propriedade (CF/88, artigo 5º, inciso XXII) de o do contraditório e ampla defesa (CF/88, artigo 5º, LV), não importando a justificativa apresentada, mesmo que aparentemente se trate de medida que atenda o interesse público, pois este, na verdade, é verificado quando deixado de lado o casuísmo.

Nesse desiderato, Rafael Carvalho Rezende Oliveira e Daniel Amorim Assumpção Neves aludiram¹⁷

[...] Não consigo, do ponto de vista processual, aceitar a tese consagrada no Superior Tribunal de Justiça de *periculum in mora* presumido. Se o arresto cautelar depende da prova desse requisito, como pode uma

17 NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa*. 2. ed. Editora Método, 2014. p. 102.

medida ainda mais severa prescindir de tal prova? O argumento de que a defesa do Erário justificaria tal presunção pode parecer simpática à população já esgotada diante de tanto mau trato da coisa pública, mas não se sustenta juridicamente. Se assim fosse, não só a medida cautelar de indisponibilidade de bens ora analisada se beneficiaria da presunção, mas todas as medidas cautelares que pudessem de alguma forma garantir uma efetiva reparação ao erário. Não se tem notícia de outras cautelares nesses termos gozando de tal prerrogativa.

Por outro lado, o argumento de que a comprovação do *periculum in mora* se mostraria extremamente difícil no caso concreto e poderia inviabilizar a medida cautelar desconsidera por completo a excepcionalidade dessa medida. Deve se lembrar que a cognição realizada pelo juiz para a concessão da medida cautelar é sumária, fundada num juízo de probabilidade, de forma que meros indícios de que há um perigo de ineficácia do resultado final já são suficientes para a concessão da medida. Pode-se até imaginar que em decorrência das dificuldades de tal prova o juiz amenize o preenchimento desse requisito, se satisfazendo com uma mera possibilidade de dilapidação do patrimônio. Presumir tal perigo, entretanto, não parece razoável. [...].

A não observância do *periculum in mora* também não pode emergir pela mera redação preconizada no § 4º do artigo 37 da Constituição Federal de 1988 ao mencionar que “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”¹⁸ e pelo disposto no artigo 7º da LIA. Nesse sentido argumenta Waldo Fazzio Junior¹⁹

O problema parece estar situado na concepção que se adota sobre a medida cautelar. Pensamos que se trata de um instrumento a serviço de outro instrumento que é o processo principal. Serve para garantir que não se torne inócuo.

[...]

Depois, o próprio artigo 7º não comporta aquele entendimento. Simplesmente impõe à autoridade administrativa que rege o procedimento

18 BRASIL, *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 abr. 2017.

19 JÚNIOR, op. cit., p. 373.

investigativo represente ao Ministério Público, para que o Parquet postule cautelarmente a indisponibilidade de bens do indiciado. É norma dirigida à autoridade administrativa, no sentido de que cumpra seu dever de ofício, no caso, o dever de representação. O art. 7º em epígrafe não tem por destinatário o órgão judiciário, como se a indisponibilidade fosse consequência automática da gravidade do ato de improbidade. Se confirmadas a materialidade e a autoria do ato de improbidade, o que só se saberá após o devido processo legal, não haverá indisponibilidade, mas perdimento de bens ou dos valores necessários para implementar o ressarcimento do dano produzido ao erário.

Enrique Ricardo Lewandowski²⁰, atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, quando ainda era Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo componente da 9ª Câmara de Direito Público, externou que a indisponibilidade de bens não pode ser vista como um simples fator facilitador de ulterior execução do julgado, sob pena de afronta aos princípios fundamentais preconizados no texto constitucional, conforme transcrições parciais do julgado abaixo descritas

[...] Convém, notar, ademais, que a indisponibilidade de bens, inaudita altera pars, constitui medida de excepcional gravidade, que causa pesados ônus morais e sociais aos atingidos, sem falar nos prejuízos de natureza econômica.

Destarte, faz-se indispensável que a decretação liminar da indisponibilidade de bens seja precedida de criteriosa avaliação da presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, o que, na hipótese em apreço, se ocorreu, não encontrou adequada expressão nos autos.

[...]

Convém notar que a Lei nº 8.429/92 não autoriza a decretação da indisponibilidade dos bens diante da simples participação do agente público ou de terceiro no ato impugnado, sujeitando a medida ao prudente arbítrio do magistrado, dentro do poder geral de cautela de que dispõe, sempre, porém, após avaliação objetiva da conduta concreta dos réus.

20 TJSP, 9ª Câmara de Direito Público, *Agravo de Instrumento nº 0034204-81.1997.8.26.0000*, Rel. Des. Enrique Ricardo Lewandowski, julgado em 01.07.1998. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=1327756&cdForo=0>>. Acesso em: 08 abr. 2017.

Observa-se, por fim, que não se pode admitir que a decretação de indisponibilidade de bens, no plano fático, acabe por constituir mera facilitação, sob o ponto de vista prático, da execução, pois tal se mostra absolutamente incompatível com os direitos fundamentais do cidadão, protegidos pela Carta Magna, dentre os quais se encontra, com destaque, o de propriedade, enquanto base do sistema econômico por ela adotado [...].

Numa vertente mais dogmática, a posição adotada pelo STJ, na verdade, baseia-se numa presunção de má-fé do(a)s cidadã(o)s ré(u)s em ações de improbidade, pois o perigo de dano seria ínsito a fumaça inerente a prática do ato ímprobo. Entretanto, o Direito não admite essa hermenêutica, pois o próprio Superior Tribunal de Justiça em voto lapidar do Ministro João Otávio de Noronha²¹ já consignou em sua jurisprudência que “A presunção de boa-fé é princípio geral de direito universalmente aceito, sendo milenar a parêmia: a boa-fé se presume; a má-fé se prova.”, importando-se, destarte, na impossibilidade da decretação da indisponibilidade dos bens sem que haja prova do periculum in mora próprio da tutela cautelar.

5 CONCLUSÃO

Naturalmente, a Lei de Improbidade Administrativa é um dos principais mecanismos de proteção do patrimônio público. E como consectário desse papel, encontram-se as medidas cautelares típicas previstas em seu bojo, notadamente a indisponibilidade de bens, cujo escopo, por certo, é assegurar o ulterior ressarcimento ao erário público na hipótese de acolhimento da pretensão versada na ação de improbidade.

Essa efetividade, no entanto, não pode ser o argumento para que a decretação da medida cautelar de indisponibilidade de bens seja acolhida sem que preenchidos todos os requisitos da tutela cautelar, até porque se trata de medida que atinge com demasiada profundidade o âmago privado do cidadão, principalmente em sua esfera negocial, antes de qualquer condenação definitiva.

Dessa maneira, na medida em que se busca resguardar o patrimônio público daqueles maus agentes estatais que tergiversaram suas funções em benefício próprio ou alheio dissociado do interesse público, não é

21 STJ, Corte Especial, *REsp nº 956943/PR*, Rel. p/ o acórdão Min. João Otávio Noronha, publicado em 01/12/2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=BOA+F%C9+PRESUME+M%C1+F%C9&repetitivos=REPETITIVOS&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=tr ue>>. Acesso em: 08 abr. 2017.

admissível, do mesmo modo, extirpar direitos previstos constitucionalmente em prol dos administrados sem que sejam observadas todas as exigências preconizadas pela lei processual para tanto, sob pena de ultrapassarmos a própria linha da ética e moral protegidas pela probidade administrativa e da razoabilidade.

Se de um lado, há o interesse público primário atendido pelo combate a improbidade administrativa, sem sombra de dúvidas, no outro vértice, encontra-se idêntico norte constitucional para fins da decretação de medidas drásticas em desfavor de cidadãos ainda em fase embrionária de responsabilidade patrimonial.

A indisponibilidade de bens, não obstante sua relevância, deve ser norteadada, para sua decretação, pela indisponível observância de todos os requisitos previstos na tutela cautelar, não sendo crível sua admissão apenas pela existência do *fumus boni iuris*, até porque estar-se-ia presumindo a má-fé (dilapidação patrimonial) com base na simples existência de indícios da prática de um ato ímprobo.

Assim, apesar do Superior Tribunal de Justiça ter adotado, majoritariamente, posição no sentido da presunção do *periculum in mora* para fins de que haja a decretação da indisponibilidade de bens, essa concepção não encontra respaldo numa hermenêutica constitucional e processual, merecendo, pois, melhor reflexão e ulterior modificação do entendimento.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. *Interesses Difusos e Coletivos*. 7. ed. Método, 2016.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela jurisdicional cautelar e atos de improbidade administrativa. In: Bueno, Cassio Scarpinella; Porto Filho, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL, *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 abr. 2017.

BRASIL. *Lei nº 8.429/1992, de 2 de junho de 1992*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm> Acesso em: 08 abr. 2017.

FARIA, Fernando Luiz Albuquerque. Institucional - A Procuradoria -Geral da União, os Interesses Primários e Secundários do Estado e a atuação

proativa em defesa do Estado Democrático de Direito e da Probidade Administrativa. *REVISTA DA AGU*, [S.l.], dec. 2008. ISSN 2525-328X. Disponível em: <<http://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/309/200>>. Acesso em: 08 abr. 2017.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

FILHO, Benedito Cerezzo Pereira. As Impropriedades da Lei de Improbidade. *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, v. 241, ano 28. 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2016_241_capDoutrina.pdf>, p. 448-449. Acesso em: 08 abr. 2017.

GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 8. ed. 2ª tiragem, 2015, Saraiva.

MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz Arenhart. *Novo Curso de Processo Civil. Tutela dos Direitos mediante Procedimento Comum*. v. 2, Revista dos Tribunais, 2015.

NEIVA, José Antonio Lisbôa. *Improbidade administrativa: estudo sobre a demanda na ação de conhecimento cautelar*. Niterói: Impetus, 2005.

NEVES. Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA. Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa*. 2. ed. Método, 2014.

NOGUEIRA, Victor Ximenes. Princípio da Moralidade e Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos. *REVISTA DA AGU*, [S.l.], mar. 2009. ISSN 2525-328X. Disponível em: <<http://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/306/204>>. Acesso em: 08 abr. 2017.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade administrativa*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1998.

QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Livro da Justiça Federal de Pernambuco. As Medidas Cautelares Previstas na Lei de Improbidade Administrativa: Natureza Jurídica e sua Repercussão no Princípio do contraditório*. <<https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/viewFile/79/80>>.

STJ, 1ª Seção, *REsp nº 1366721/BA*, Rel. p/ acórdão Ministro O G Fernandes, publicado em 19/09/2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=INDISPONIBILIDADE+BENS+IMPROBIDA>

DE+REQUISITOS+543&repetitivos=REPETITIVOS&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true. Acesso em: 08 abr. 2017.

STJ, 1ª Seção, *REsp nº 1366721/BA*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=32546332&num_registro=201300295483&data=20140919&tipo=51&formato=PDF>, p. 17-23. Acesso em: 08 abr. 2017.

STJ, 1ª Seção, *REsp nº 1366721/BA*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=34251765&num_registro=201300295483&data=20140919&tipo=64&formato=PDF>, páginas 2-3-14. Acesso em: 08 abr. 2017.

STJ, Corte Especial, *REsp nº 956943/PR*, Rel. p/ o acórdão Min. João Otávio Noronha, publicado em 01/12/2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.BOA+F%C9+PRESUME+M%C1+F%C9&repetitivos=REPETITIVOS&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 08 abr. 2017.

STF, *AP 409*, voto do rel. min. Ayres Britto, j. 13-5-2010, DJE de 1º-7-2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%20504>>. Acesso em: 08 abr. 2017.

TJSP, 9ª Câmara de Direito Público, *Agravo de Instrumento nº 0034204-81.1997.8.26.0000*, Rel. Des. Enrique Ricardo Lewandowski, julgado em 01.07.2998. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsjg/getArquivo.do?cdAcordao=1327756&cdForo=0>>. Acesso em: 08 abr. 2017.