

9

A TUTELA DE EVIDÊNCIA NAS AÇÕES DECORRENTES DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Thiago Colnago Cabral¹

RESUMO

Com a ordem constitucional estabelecida a partir de 1988, que no tocante à Administração Pública ganhou relevo com a imposição da moralidade administrativa enquanto princípio constitucional, fica evidente a importância assumida pela regência da improbidade administrativa, especialmente após a promulgação da Lei n. 8.429, de 1992.

Tal contexto apresentou reflexo imediato na evolução da jurisprudência, sobretudo em relação à medida acautelatória do art. 7º da Lei n. 8.429, de 1992, destacando-se posição majoritária indicativa de que, para a imposição de indisponibilidade patrimonial no curso do processo, seria dispensável a demonstração do requisito do *periculum in mora*.

O objeto do presente artigo remonta, então, ao exame da referida conclusão de julgamento e a sua re colocação no Direito Processual Civil, constatando-se que, na espécie, há na verdade hipótese de tutela de evidência.

ABSTRACT

Considering the constitutional order established at 1988, which was highlighted with the imposition of the administrative morality as

¹ Juiz de Direito em Minas Gerais. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo. Especialista em Direito Civil pela PUC Minas

a constitutional principle, it is evident the importance taken by the administrative improbity regency, specially after the law 8, 429 of 1992 promulgation. Such context showed immediate reflex on jurisprudence evolution, mainly with regard to the cautionary measure of the law 8, 429 of 1992, with special attention to the majoritarian position which indicates that, in order to impose patrimonial unavailability during the procedures, it is not necessary to demonstrate the *periculum in mora* requirement. The present work, then, examines the cited trial completion and its placement in Civil Procedural Law, being attested that in it, in fact, there is the hypothesis of evidence guardianship.

A tutela jurisdicional da probidade administrativa, conquanto possa ser promovida em outras esferas, tais como no julgamento de eventuais crimes contra a Administração Pública, tem foro próprio na aplicação da Lei n. 8.429, de 1992, que dispõe acerca da configuração dos chamados atos ímprobos, além de declinar as penalidades deles decorrentes e indicar seu processamento administrativo e judicial.

Nesse propósito, prescreveu o legislador preceito que estabelece profunda divergência doutrinária acerca da indisponibilidade de bens do agente envolvido – denominado indiciado (art. 7º da Lei n. 8.429, de 1992) – nas hipóteses de o ato de improbidade haver redundado em lesão ao patrimônio público ou enriquecimento ilícito.

Com efeito, acerca da referida medida acautelatória, dissertou Flávio Cheim Jorge:

Não basta para a indisponibilidade de bens, que possa ser caracterizada a prática de ato de improbidade administrativa. Para que o *periculum in mora* esteja presente, e, portanto, seja autorizada a concessão da tutela cautelar, é imprescindível que fique demonstrado que durante o curso da ação civil de improbidade administrativa o réu pretenda transferir para outrem o bem adquirido ilicitamente (objeto da reversão) ou então que está dissipando o seu patrimônio para não ter como saldar os prejuízos causados ao erário.

Em oposição à referida colocação, Emerson Garcia e Rogério Alves Pacheco, em obra festejada quanto ao tema, defendem que a hipótese é de presunção de *periculum in mora*:

Quanto ao *periculum in mora*, parte da doutrina se inclina no sentido de sua implicitude, de sua presunção pelo art. 7º da Lei

de Improbidade, o que dispensaria o autor de demonstrar a intenção de o agente dilapidar ou desviar o seu patrimônio com vistas a afastar a reparação do dano (...). Em reforço à tese, ressalte-se que outros diplomas legais também cuidam de presumir o *periculum in mora* para fins de constrição patrimonial, o que ocorre, *verbi gratia*, relativamente à indisponibilidade de bens e ex-administradores de instituições financeiras em liquidação (arts. 36, § 1º, da Lei n. 6.024/74). Da mesma forma, o agente público condenado, em ação popular, ao ressarcimento dos danos causados ao patrimônio público tem, pela só prolação de sentença condenatória, decretados o sequestro e a penhora de seus bens. A mesma presunção de *periculum in mora* se verifica relativamente à indisponibilidade de bens prevista no art. 185-A do Código Tributário Nacional, com a redação dada pela Lei Complementar n. 118, de 9 de fevereiro de 2005, nos arrestos previstos nos arts. 653, parágrafo único, e 69, § 6º, da Lei de Falências. São hipóteses em que o próprio legislador torna desnecessária a demonstração da intenção de dilapidação ou ocultação de bens pelo causador do dano, presumindo o risco, tal como se dá no caso de indisponibilidade de bens para a reparação de danos causados ao patrimônio público.

O exame do preceito, notadamente quando lido à luz dos pilares à concessão da tutela de urgência na modalidade cautelar (art. 798 do CPC) e quando avaliado sob o enfoque dos encargos probatórios (art. 333 do CPC), indicaria o acerto da primeira posição, estabelecendo-se que a ordem de indisponibilidade patrimonial demanda prova, cujo ônus é atribuído ao autor, de que o réu estaria adotando medidas configuradoras de dilapidação patrimonial, em prejuízo de eventual ressarcimento ao erário ou em salvaguarda de seu enriquecimento ilícito, de maneira a delimitar o *periculum in mora* inerente à tutela cautelar.

A despeito disso, o Superior Tribunal de Justiça, após fazer ressoar a divergência ao adotar entendimento de que a indisponibilidade patrimonial dependeria da prova do *periculum in mora* (cf. REsp 139.187/DF, relatado pelo Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ 3.4.2000), firmou jurisprudência monótona compatível com a outra corrente doutrinária, mediante reconhecimento de implicitude daquele requisito ao acautelamento:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPO-

NIBILIDADE DE BENS. ART. 7º DA LEI 8.429/1992. VIOLAÇÃO CONFIGURADA. *PERICULUM IN MORA* PRESUMIDO.

1. Trata-se, originariamente, de Ação que visa ao reconhecimento de improbidade administrativa por irregularidade na prestação de contas referentes ao repasse de recursos financeiros de verbas destinadas a custear transporte escolar e merenda (PNAE E PNATE), com prejuízo de aproximadamente R\$500 mil (valores de outubro de 2009). A indisponibilidade de bens foi indeferida na origem, por ausência de *periculum in mora*.

2. Assente na Segunda Turma do STJ o entendimento de que a decretação de indisponibilidade dos bens não está condicionada à comprovação de dilapidação efetiva ou iminente de patrimônio, porquanto visa, justamente, a evitar dilapidação patrimonial.

Posição contrária tornaria difícil, e muitas vezes inócua, a efetivação da Medida Cautelar em foco. O *periculum in mora* é considerado implícito. Precedentes: Edcl no REsp 1.211.986/MT, Segunda Turma, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 9.6.2011; REsp 1.319.515/ES, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 21.9.2012; REsp 1.205.119/MT, Segunda Turma, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 28.10.2010; REsp 1.203.133/MT, Segunda Turma, Rel. Ministro Castro Meira, DJe 28.10.2010; REsp 1.161.631/PR, Segunda Turma, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 24.8.2010; REsp 1.177.290/MT, Segunda Turma, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe 1.7.2010; REsp 1.177.128/MT, Segunda Turma, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe 16.9.2010; REsp 1.134.638/MT, Segunda Turma, Relator Ministra Eliana Calmon, DJe 23.11.2009.

3. Recurso Especial provido para conceder a medida de indisponibilidade de bens.

Melhor refletindo acerca do tema, hei de reconhecer o acerto da conclusão adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que a medida de indisponibilidade patrimonial prevista no art. 7º da Lei n. 8.429, de 1992, de fato não demanda a comprovação de *periculum in mora*.

A despeito disso, não vejo como possa aderir à conclusão de que este – o *periculum in mora* – seja presumido na espécie.

Com efeito, em sistema processual democrático, que no Processo Penal assume forma acusatória análoga à aplicável no processamento dos atos de improbidade administrativa, revela nítida incongruência

técnica conceber que se deva presumir determinada circunstância fática (*periculum in mora*), notadamente quanto à presunção em questão não decorre expressamente de previsão legal e repercute em consequências tão severas a direitos subjetivos alheios (indisponibilidade patrimonial).

Deve ser destacado que o direito ao patrimônio integra o acervo inerente aos direitos humanos de primeira geração, encartando-se na ordem jurídica pátria no rol de direitos fundamentais do cidadão (art. 5º, inciso XXII, da Constituição Federal), o que inviabiliza sua restrição, mesmo que provisória, por presunção legal não expressa.

Ora, se não é possível presumir o *periculum in mora* para a concessão acautelatória da indisponibilidade patrimonial, como justificar tal medida, de natureza inequivocamente severa, sem a demonstração daquele requisito à tutela de urgência?

A hipótese, na verdade, é de concessão de medida acautelatória em exercício de tutela de evidência, corolário ao dogma da inafastabilidade da jurisdição perante a risco ou ofensa a direito subjetivo, tendo em vista que, segundo Luiz Fux, “*direito evidente reclama provimento imediato*”.²

Com efeito, a evolução da doutrina processual vem reconhecendo, em determinados institutos e procedimentos estabelecidos pelo legislador, a adoção de técnica procedimental específica que assegure maior celeridade na outorga da tutela ou na obtenção dos efeitos práticos dela decorrentes nos casos em que se verifique que o direito subjetivo reclamado comporta demonstração documentada e verossímilante, aos quais se reconhece a marca da evidência.

É que demonstração documentada do direito subjetivo, que lhe empresta grau de certeza absolutamente razoável e indica pequena viabilidade de contraposição legítima pela parte contrária, ainda que medida em cognição sumária, exige, por força da inafastabilidade da jurisdição, a concessão imediata do provimento reclamado ou, pelo menos, dos efeitos práticos dele decorrentes, pena de, com o retardo

² FUX, Luiz. A tutela dos direitos evidentes. *Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. Brasília, ano 2, n. 16, abr. 2000, p. 43.

inerente ao exame exauriente do tema, incorrer em negação à tutela eficiente.

Quanto à matéria, valho-me uma vez mais do escólio de Luiz Fux, quando adverte que os direitos evidentes revelam “situações em que se opera mais do que o *fumus boni juris*, mas a probabilidade de certeza do direito alegado, aliada à injustificada demora que o processo ordinário até a satisfação do interesse do demandante”.³

Não bastasse isso, a leitura que a doutrina contemporânea empresta à dita técnica processual, de tutela diferenciada dos direitos evidentes, não está condicionada ao nível de satisfatividade decorrente da medida, além de alcançar qualquer modalidade procedimental à qual tenha o legislador aplicado a mencionada medida.

Invocando as palavras de Fredie Didier Júnior, é possível listar, dentre as prescrições normativas de salvaguarda aos direitos evidentes, a tutela antecipada com prova inequívoca da verossimilhança dos fatos e demonstração do abuso do direito de defesa (art. 273, *caput* e II, do CPC); e a ação monitória cujo rito procedimental está calcado na cognição sumária de prova escrita sem eficácia de título executivo, dentre outros.⁴

O rol em comento comporta acréscimos, tais quais, a tutela possessória nas ações chamadas de força nova (art. 927 do CPC) e, diante da temática proposta, a medida acautelatória de indisponibilidade patrimonial do art. 7º da Lei n. 8.429, de 1992.

Esse é o fundamento adequado à conclusão da jurisprudência acerca da desnecessidade de demonstração do *periculum in mora* para concessão da medida em comento e tal se revela do procedimento estabelecido pela Lei n. 8.429, de 1992.

O mencionado diploma, como frisado, dita os procedimentos administrativo e judicial para a apuração e julgamento de atos de improbidade, indicando que, mediante representação ou por ato de ofício, a autoridade competente instaurará comissão processante para sindicância dos fatos.

³ FUX, Luiz. A tutela dos direitos evidentes. *Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. Brasília, ano 2, n. 16, abr. 2000, p. 24.

⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: JusPodivm, 2007, v. 4, p. 309.

Apurados os fatos, prescreve o art. 16 da Lei n. 8.429, de 1992, que a comissão processante, ante a indícios fundados de responsabilidade, representará ao Ministério Público ou à representação judicial do órgão para que se requeira judicialmente o sequestro de bens do agente investigado ou de terceiro, nas hipóteses de enriquecimento ilícito ou de causação de dano ao erário.

O preceito em questão estabelece inteligência amplamente aplicável à medida de indisponibilidade patrimonial disposta no art. 7º da Lei n. 8.429, de 1992, eis que o referido preceito, conquanto disposto em outro título da Lei de Improbidade Administrativa, é expresso ao estabelecer o cabimento de representação por parte da *autoridade administrativa responsável pelo inquérito*.

Destarte, imperiosa a conclusão de que, perante a representação ou a indício da prática de ato de improbidade, caberá à autoridade administrativa competente instaurar inquérito para apuração dos fatos, sendo que, no curso da apuração, acaso apurados fundados indícios de responsabilidade, tal qual exigido pelo art. 16 da Lei n. 8.429, de 1992, deverá esta representar, ao Ministério Público ou à representação judicial do órgão, em interpretação extensiva desse preceito, para o requerimento judicial da indisponibilidade patrimonial.

Tal leitura induz à verificação de que, ao tempo da formulação da representação pela decretação de indisponibilidade patrimonial, seja pelo Ministério Público, seja pela representação judicial do órgão, disporá o magistrado elementos de convicção colhidos na fase administrativa, da qual o interessado pode tomar parte regularmente, em exercício do devido processo legal, os quais se prestarão a conformar fundados indícios de responsabilidade.

São justamente estes elementos de convicção colhidos na fase administrativa que, a par de autorizarem a concessão da medida de constrição patrimonial, indicam que, também no art. 7º da Lei n. 8.429, de 1992, adotou o legislador técnica de tutela de evidência, eis que, presumindo o imparcial exercício da sindicância disciplinar, consequência dos princípios da legalidade, da moralidade e da impessoalidade inerentes à Administração Pública (art. 37 da Constituição Federal), haverá o intérprete de reconhecer que, ao tempo da representação judicial da medida acautelatória, restará suficientemente demonstrada a

probabilidade de certeza do direito alegado, nas palavras do Ministro Luiz Fux.

Essa premissa, lida com olhos postos no dogma da supremacia do interesse pública, indica a absoluta inviabilidade de que a garantia de recomposição do patrimônio público dependa do integral decurso de trâmite processual de cognição exauriente, o que revela sua evidência e não se confunde com a dita presunção de *periculum in mora*.

Nesse toar de ideais, a prescrição do art. 37, § 4º, da Constituição Federal, é absolutamente desinfluyente à solução da questão, tendo em vista que o citado dispositivo constitucional, além de não estabelecer presunção legal de *periculum in mora*, nenhuma relação guarda com a identificação da evidência do direito reclamado.

A premissa ora assentada traz a lume outras conclusões, senão vejamos:

Reconhecendo-se que a indisponibilidade patrimonial prevista no art. 7º da Lei n. 8.429, de 1992, é hipótese legal de tutela da evidência, notadamente a partir da inteligência do art. 16 do mesmo diploma legal, ter-se-ia de estabelecer, por corolário, a constatação de que também a medida de sequestro não revela hipótese de presunção de *periculum in mora*.

A mencionada conclusão, entretanto, revela flagrante silogismo, tendo em vista que o art. 16 da Lei n. 8.429, de 1992, é literal a fazer referência à aplicação, para implementação do sequestro da Lei de Improbidade Administrativa, das exigências do art. 822 do CPC, que justamente declina os requisitos à demonstração do *periculum in mora* para a citada providência cautelar.

Logo, a indisponibilidade patrimonial disposta no art. 7º da Lei n. 8.429, de 1992, é nítida hipótese de tutela de urgência, até mesmo por influência do art. 16 da citada lei, o que, todavia, não enseja a constatação de que o sequestro de bens arrolado no mesmo dispositivo também o seja.

Na hipótese, de outra banda, de a medida acautelatória e a própria ação de improbidade serem ajuizadas com lastro exclusivo em procedimento investigativo dirigido pelo Ministério Público, a natureza de tutela de evidência da medida de indisponibilidade se revela da mesma maneira.

Com efeito, a investigação por parte do Ministério Público, ainda que os investigados no mais das vezes se lhe atribuam parcialidade, ostenta as mesmas características que os demais procedimentos administrativos, tais quais, a imparcialidade, a legalidade e a moralidade, de modo que os elementos de convicção ali colhidos, influenciados pela regra da supremacia do interesse público, servirão, isoladamente considerados e independentemente da demonstração de *periculum in mora*, à concessão da medida de indisponibilidade de bens.

Assim, em releitura do art. 7º da Lei n. 8.429, de 1992, afigura-se que, de fato, a indisponibilidade patrimonial decorrente de ato de improbidade administrativa não depende da demonstração de *periculum in mora*, requisito imanente às tutelas de urgência, ante a verificação de que, na espécie, adotou o legislador, tal qual vem fazendo em inúmeros preceitos normativos, hipótese de tutela diferenciada para salvaguarda da evidência, assegurando-se a antecipação dos resultados práticos inerentes à tutela final já no início do litígio, em reflexo da supremacia do interesse público.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela jurisdicional cautelar e atos de improbidade administrativa. In: *Improbidade administrativa – questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, 2001.

DIDIER JÚNIOR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: JusPodivm, 2007, v. 2.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: JusPodivm, 2007, v. 4.

FUX, Luiz. A tutela dos direitos evidentes. *Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. Brasília, ano 2, n. 16, abr. 2000, p. 23-43.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 3. ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

JORGE, Flávio Cheim. A improbidade administrativa. In: *Procedimentos Especiais Cíveis*. São Paulo: Saraiva, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

RODRIGUES, Marcelo Abelha; DIDIER JÚNIOR, Fredie; JORGE, Flávio Cheim. *A nova reforma processual*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Do Processo Cautelar*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no Processo Civil*. São Paulo: RT, 1987.