

# **AS MEDIDAS CAUTELARES PREVISTAS NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: NATUREZA JURÍDICA E SUA REPERCUSSÃO NO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO**

**Ronaldo Pinheiro de Queiroz\***

## **RESUMO**

O presente artigo visa a conferir uma análise dogmática sobre as medidas cautelares previstas na Lei 8.429/92 (LIA), buscando extrair a verdadeira natureza jurídica de cada espécie de tutela cautelar, a fim de alcançar uma interpretação razoável e segura sobre a incidência do princípio do contraditório no processo judicial de improbidade administrativa, apontando a compatibilização do princípio da efetividade com as garantias constitucionais do processo, indispensável a qualquer litigante ou acusado.

**Palavras-chave:** Improbidade. Medidas cautelares. Contraditório.

## **1 INTRODUÇÃO**

A abordagem que faremos do princípio do contraditório no processo de improbidade administrativa recairá no âmbito das medidas cautelares, já que tais medidas muitas vezes são veiculadas em ações *preparatórias*<sup>1</sup> da ação principal, sendo, portanto, a primeira oportunidade de se invocar o devido processo legal coletivo.

---

\* Procurador da República. Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC/SP. Professor da FESMP/RN. Coordenador do Núcleo de Combate à Corrupção no MPF/RN.

<sup>1</sup> As providências cautelares podem ser antes ou no curso do processo principal (CPC, art. 796).

Desnecessário, também, tecer maiores considerações sobre a importância das medidas cautelares para garantir a efetividade/utilidade do combate à improbidade administrativa, pois é até intuitivo a constatação de sua relevância para resguardar o futuro ressarcimento do dano causado ao patrimônio público, bem como o de reaver os produtos obtidos com o proveito do ato ímprobo. Até porque não basta a certeza de que a sentença do processo principal virá, é preciso cuidar para que ela venha de forma útil.

A LIA disciplinou, nos arts. 7º, 16 e 20, três providências cautelares, a saber, a indisponibilidade; o seqüestro de bens; e o afastamento cautelar do agente público. O objetivo desse tópico é abordar essas três medidas previstas na lei. É claro que reconhecemos, assim como a maciça doutrina, que tais providências não são exaustivas, não esgotam as medidas cautelares que podem ser adotadas para assegurar o resultado útil do processo principal, sendo admitidas as demais cautelares previstas no ordenamento (v.g., busca e apreensão de coisas e documentos, CPC, art. 839), bem como outras medidas genéricas decorrentes do poder geral de cautela (CPC, art. 798).

Pelas suas específicas características, e a fim de conferir uma compreensão mais didática sobre o tema, dividiremos as providências específicas da improbidade em cautelares patrimoniais – para abordar a indisponibilidade e o seqüestro de bens – e a do afastamento do agente público.

## **2 CAUTELARES PATRIMONIAIS**

### **2.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS**

Antes de tudo, é bom que se diga que as cautelares em comento não ostentam nenhum caráter sancionador. Busca apenas garantir a reparação do dano e a recomposição do *status quo ante*. São, portanto, medidas para garantir o cumprimento da sentença.

A Lei 8.429/92 (LIA), em seu art. 7º, dispõe que: “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”.

No art. 16, a Lei estabelece a obrigatoriedade de a autoridade administrativa investigante da improbidade administrativa, havendo fundados indícios, representar 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. Nos §§ 1º e 2º, esclarece que o pedido de seqüestro será processado de acordo com o disposto nos arts. 822 e 825 do CPC e que, 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.

A representação da autoridade administrativa, tanto na indisponibilidade quanto no seqüestro, não constitui “condição de procedibilidade” para o Ministério Público, que pode, independentemente dela, utilizar-se das cautelares patrimoniais. Em igual medida, a representação não vincula o *Parquet*, que apreciará o cabimento da medida de acordo com sua independência funcional. Essa é a opinião pacífica da doutrina: Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves<sup>2</sup>; Marino Pazzaglini Filho; Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior<sup>3</sup>; Wallace Paiva Martins Júnior<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p. 637.

<sup>3</sup> PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa**. 4. ed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 196.

A indisponibilidade consiste na: “impossibilidade de alienação de bens e pode se concretizar por diversas formas, tais sejam, o bloqueio de contas bancárias, aplicações financeiras, o registro da inalienabilidade imobiliária etc”.<sup>5</sup>

Com relação ao seqüestro previsto no art. 16 da LIA, o legislador incorreu numa atecnia parcial. É que o seqüestro visa à apreensão de bem *determinado*, como garantia de futura entrega de coisa certa. Assim, tecnicamente falando, só caberia seqüestro para os casos relacionados à restituição de bens e valores havidos ilicitamente por ato de improbidade. Seria difícil imaginar a utilização dessa medida para assegurar o ressarcimento em razão de dano causado ao erário. Nesse caso, seria mais apropriado se falar em *arresto*, que seria a apreensão cautelar de quaisquer bens do patrimônio do devedor com o destino de assegurar futura execução por quantia. De qualquer sorte, doutrina e jurisprudência vêm apontando o equívoco técnico do legislador, mas entendendo que o termo seqüestro do art. 16 da LIA deve ser interpretado de forma abrangente, alcançando bens determinados ou indeterminados<sup>6</sup>.

Como visto, essas medidas recairão sobre os bens que assegurem o ressarcimento integral do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do ilícito. Isto é, não abrange *todo* o patrimônio do agente, mas tão-somente os bens *suficientes* e *adequados* para suportar o montante de eventual condenação de ressarcir danos ou de restituir o acréscimo patrimonial enriquecido ilicitamente.

*Suficiente* porque deve refletir o exato montante<sup>7</sup> do valor econômico resultante do ato<sup>8</sup>; e *adequado* porque deve recair em objetos passíveis de constrição, que são,

---

<sup>4</sup> MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 327.

<sup>5</sup> PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Op. cit.*, p. 193.

<sup>6</sup> Equívoco semelhante, e que a doutrina desde sempre tratou de apontar, ocorria no Código de Processo Penal, que é de 1940. Somente após 66 anos de atecnia, a Lei 11.345/2006 alterou os arts. 136, 137, 138, 139, 141 e 143 do CPP, para substituir a expressão “seqüestro” por “arresto”, com os devidos ajustes redacionais.

<sup>7</sup> Que deve ser acrescido de juros de mora e correção monetária.

<sup>8</sup> José Roberto dos Santos Bedaque sustenta que, na medida do art. 16 da LIA (seqüestro) os bens atingidos pela medida constritiva não necessitam guardar nexos com o ato ilícito, nem o autor precisa demonstrar estrita relação entre seu valor e o do prejuízo. Estaria o legitimado, portanto, livre para pleitear a medida sobre todo o patrimônio do indiciado, inclusive os bens situados no exterior, independentemente de qualquer vinculação direta com o dano ou seu valor. Isso se justifica porque nem sempre o autor terá condições de estabelecer, de plano, o prejuízo causado pelo ato de improbidade, ou o nexo deste com o bem. (*In*: Tutela jurisdicional cautelar e atos de improbidade. *In*: **Improbidade**

em regra, já que se trata de medida para garantir futura execução, os bens penhoráveis. Acontece que podem existir bens que são *produtos da própria improbidade*, hipótese na qual a medida pode abranger inclusive bens impenhoráveis. É que o art. 6º da LIA é bastante claro ao dizer que: “No caso de enriquecimento ilícito, perderá o agente público ou terceiro beneficiário os bens ou valores acrescidos ao seu patrimônio”. Nesse caso, a medida não visa a garantir uma futura execução por quantia certa, mas o cumprimento de obrigação *específica* de restituição de *bens determinados*.

Feita essa rápida explanação sobre as medidas cautelares patrimoniais, cumpre analisar quais os requisitos necessários para o seu cabimento e concessão pelo Poder Judiciário.

## 2.2 FORMAS DE TUTELA CAUTELAR

As medidas cautelares, de regra, exigem, para a sua concessão, o preenchimento de dois requisitos, que são o *fumus boni juris* e o *periculum in mora* (CPC, art. 798). O requerente, portanto, deve demonstrar uma plausibilidade de que tem o direito, bem como a existência de fundado receio de que a outra parte, antes do julgamento da lide, cause ao seu direito lesão grave ou de difícil reparação.

Esses são basicamente os requisitos para uma *tutela emergencial*. Acontece que, pela sistemática da própria LIA, não se consegue vislumbrar nas cautelares patrimoniais uma típica *tutela de urgência*, mas sim uma *tutela de evidência*.

A *tutela de urgência* foi criada para preservar o bem da vida quando a demora na prestação jurisdicional cria o risco de sua inutilidade prática. Já a *tutela de evidência*

prestigia as situações em que há uma grande probabilidade de o autor ter razão, bem como o bem da vida tutelado tem grande relevância social e, por eleição do legislador, confere-se-lhe a possibilidade de fruição imediata e provisória do bem ou que o mesmo seja desde logo resguardado.

Adroaldo Furtado Fabrício<sup>9</sup> traz exemplos de tutela de urgência e de tutela de evidência. Para o renomado autor, quando o juiz concede uma produção antecipada de provas, está privilegiando o critério urgência em detrimento de qualquer outro interesse, sem se precisar cogitar da maior ou menor probabilidade de ter razão o requerente. Já a tutela de evidência pode ser visualizada no deferimento de uma liminar possessória, para a qual basta uma presunção de veracidade do alegado baseada em um dado objetivo, independente de qualquer urgência. Outro exemplo é o caso de tutela antecipada em razão do abuso do direito de defesa (CPC, art. 273, II)

O enfrentamento desta questão é importante porque repercute, ainda que indiretamente, no princípio do contraditório, já que, sendo uma *tutela de urgência*, o âmbito de *reação* do réu volta-se para a negação do *fumus boni juris* e/ou do *periculum in mora*, ao passo que, diante de uma *tutela de evidência*, a sua contrariedade restringe-se aos fatos apontados pelo autor e que a lei considera suficiente para demonstrar a plausibilidade do direito.

Dentro dessa linha de raciocínio, José Roberto dos Santos Bedaque<sup>10</sup> efetuou um corte metodológico nas duas medidas cautelares patrimoniais, no qual conseguiu apontar diferenças ontológicas e de finalidade.

Para o professor da Universidade de São Paulo, a indisponibilidade prevista no art. 7º da LIA está restrita ao valor do dano causado ou ao acréscimo patrimonial decorrente da atividade ilícita. Necessita a parte apontar o valor do suposto dano ou do acréscimo patrimonial e pleitear a indisponibilidade sobre os bens suficientes ao ressarcimento a ser decidido em outra sede. Aqui basta que se demonstre a

---

<sup>9</sup> FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (Coord.). **Estudos de direito processual em memória de Luiz Machado Guimarães**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 20.

<sup>10</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela jurisdicional cautelar e atos de improbidade. In: BRUNO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coord.). **Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais**. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 303-308.

verossimilhança. Desnecessário comprovar o perigo de dano, pois o legislador contentou-se com o *fumus boni juris*, tendo em vista a gravidade do ato e a necessidade de garantir o ressarcimento do patrimônio público.

Adverte o mencionado autor, contudo:

[...] que a tutela sumária fundada na evidência somente é admitida se expressamente prevista no sistema. Em caráter genérico, esse elemento é insuficiente à concessão da medida, sendo necessária a presença do perigo de dano. O poder geral de concessão de tutelas sumárias está relacionado à urgência e à evidência.<sup>11</sup>

De fato, percebe-se claramente que o sistema da LIA admitiu de forma expressa a tutela de evidência. O art. 7º em *nenhum* momento previu 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.

Dando continuidade ao pensamento de Bedaque, entendeu ele que com relação ao seqüestro, a LIA, no seu art. 16, § 1º, determinou que fossem aplicados os arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil, para o processamento da medida. Diante disso, tensionando o legislador integrar o art. 16 da LIA ao Código de Processo Civil, há de ser demonstrado, para a concessão da medida, os requisitos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*.

Discordamos do nobre processualista quando diz que a medida do art. 16 da LIA seria de urgência, pelo fato de seguir o sistema do Código de Processo Civil. Isso porque a Lei de Improbidade, em nenhum momento, fez alusão à demonstração do *periculum in mora*. Apenas apontou que o processamento da medida devesse atender ao disposto no art. 822 e art. 825. Percebe-se que, de quatro artigos que regulam o rito do seqüestro no CPC (arts. 822, 823, 824 e 825), a LIA determinou *expressamente* que

se aplicassem apenas dois, os quais, inclusive, não requerem o requisito do perigo na demora. O único dispositivo que dispõe sobre a urgência é o art. 823, mas a lei o silenciou eloqüentemente.

A remissão da LIA ao CPC foi no sentido de se observar apenas o *processamento*, o modo como a medida deve ser concretizada, e não sobre a exigência dos requisitos da tutela sumária. A propósito, cabe citar lição de Ernani Fideli dos Santos:

Quanto ao seqüestro, manda a lei que se atendam aos arts. 822 a 825 do CPC (art. 16, § 1º), mas é de se observar, por seus próprios termos, que a referência é quanto ao *processamento*, ou seja, não há exigência, para sua concessão, dos requisitos do seqüestro comum, mas apenas que, para a efetivação da cautela, se observe o procedimento ali previsto. Isto importa em dizer que, para os efeitos da Lei de Improbidade, o seqüestro é medida típica, sem qualquer relação, a não ser de mera semelhança – apreensão de bens –, com outras de previsão legal.<sup>12</sup>

A tutela de evidência aqui também é inegável. Houve vontade expressa do legislador para que assim o seja. Aqui há o elevado interesse de resguardo do patrimônio público, direito difuso que pertence a toda a sociedade.

Visto por outro ângulo, Marcelo Figueiredo sustenta que: “Quanto à probabilidade do prejuízo, entendemos que o conceito pode ser deduzido da própria Lei de Improbidade. É dizer, ela já estaria presente nos valores de “probidade” que o agente administrativo aparentemente desprezou, ao praticar atos ímprobos”.<sup>13</sup>

Portanto, as cautelares patrimoniais da Lei de Improbidade, por vontade expressa do legislador, encerram *tutela de evidência*, cabendo à parte requerente demonstrar tão-somente que o ato de improbidade causou lesão ao patrimônio público

---

<sup>11</sup> *Id. ibid.*

<sup>12</sup> Aspectos processuais da Lei de Improbidade Administrativa. In: *Improbidade Administrativa: comemoração pelos 10 anos da Lei 8.429/92*. José Adércio Leite Sampaio, Nicolao Dino, Nívio de Freitas e Roberto dos Anjos (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 112.

<sup>13</sup> FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade Administrativa**. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 51.



ou ensejou enriquecimento ilícito, suporte material compreendido no requisito do *fumus boni juris*.

Na doutrina, a percepção é de que a ampla maioria entende que o requisito do *periculum in mora* é dispensando ou, como preferem alguns, presumido. Nesse sentido: Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves<sup>14</sup>; Fábio Medina Osório<sup>15</sup>; Marcelo Figueiredo<sup>16</sup>; José Antônio Libôa Neiva<sup>17</sup>; Wallace Paiva Martins Júnior<sup>18</sup>, dentre vários outros.

Existe também uma parcela da doutrina que clama pela demonstração dos dois requisitos da tutela de urgência. Destaque para: Enrique Ricardo Lewandowski<sup>19</sup>; Carlos Mário Velloso Filho<sup>20</sup>; Sérgio Ferraz<sup>21</sup>; e José Armando da Costa<sup>22</sup>.

No plano jurisprudencial, é bom que se diga, o assunto ainda está em pleno debate, existindo uma corrente que entende necessária a demonstração de indícios de ocultação ou dilapidação patrimonial (tutela de urgência)<sup>23</sup>, bem como há uma corrente,

<sup>14</sup>GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002, p. 641.

<sup>15</sup>OSÓRIO, Fábio Medina. **Improbidade administrativa**. 2. ed., Porto Alegre: Síntese, 1998, p. 240-241.

<sup>16</sup>FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade Administrativa**, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 51.

<sup>17</sup>NEIVA, José Antônio Libôa. **Improbidade Administrativa: estudo sobre a demanda na ação de conhecimento cautelar**. Niterói: Impetus, 2005, p. 133.

<sup>18</sup>MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade Administrativa**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 396.

<sup>19</sup>LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Comentários acerca da Indisponibilidade Liminar de Bens Prevista na Lei 8.492, de 1992. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coord.). **Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais**, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p.185.

<sup>20</sup>VELLOSO FILHO, Carlos Mário. A Indisponibilidade de Bens na Lei 8.492, de 1992 In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coord.). **Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais**, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 120-122.

<sup>21</sup>FERRAZ, Sérgio. Aspectos Processuais na Lei sobre Improbidade Administrativa. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coord.). **Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais**. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 417-418.

<sup>22</sup>COSTA, José Armando da. **Contornos Jurídicos da Improbidade Administrativa**. 2. ed., rev., atual. e amp. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 145.

<sup>23</sup>No sentido de haver *tutela de urgência*: Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma, Recurso Especial nº 469366, Rel. Ministra Eliana Calmon, j. 13.05.2003, DJU 02.06.2003, p. 285; Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma, Recurso Especial nº 220088, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, j. 02.08.2001, DJU 15.10.2001, p. 255; Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Quarta Turma, Agravo de Instrumento nº 200101000296754, Rel. Desembargador Federal Hilton Queiroz, j. 27.10.2006, DJU 13.11.2006, p. 124; Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Terceira Turma, Agravo de Instrumento nº 200501000131044, Rel. Juíza Federal Vânia Cardoso André de Moraes, j. 21.6.2005, DJU 01.07.2005, p. 5; Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Terceira Turma, Agravo de Instrumento nº 200601000231525, Rel. Desembargador Federal Olindo Menezes, j. 06.04.2004, DJU 07.05.2004, p. 22; Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Quarta Turma, Agravo de Instrumento nº 9602220155, Rel.

bastante expressiva, que encampa a idéia de que basta a demonstração de fortes indícios do dano ao erário ou do enriquecimento ilícito (tutela de evidência)<sup>24</sup>.

---

Juíza Nizete Antônia Lobato Rodrigues, j. 13.11.1996, DJU 11.11.1997, p. 95371; Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Terceira Turma, Agravo de Instrumento nº 200004011094680, Rel. Desembargador Federal Teori Albino Zavascki, j. 12.06.2001, DJU 18.07.2001, p. 485; Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Terceira Turma, Agravo de Instrumento nº 200004010342722, Rel. Desembargadora Federal Luciane Amaral Corrêa Münch, j. 03.08.2000, DJU 11.10.2000; Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Terceira Turma, Agravo de Instrumento nº 199904010953901, Rel. Desembargador Federal Teori Albino Zavascki, j. 03.02.2000, DJU 17.05.2000, p. 172; Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Pleno, Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa nº 2001.83.00.022867-2, Rel. Desembargador Federal Rivaldo Costa, j. 02.02.2005, DJU 02.03.2005, p. 563; Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Nona Câmara de Direito Público, Agravo de Instrumento nº 55627353, Rel. Desembargador Osni de Souza, j. 25.10.2006; Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Décima Primeira Câmara de Direito Público, Agravo de Instrumento nº 60288754, Rel. Desembargador Francisco Vicente Rossi, j. 11.12.2005; Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Terceira Câmara, Agravo de Instrumento nº 70012435590, Rel. Desembargadora Matilde Chabar Maia, j. 17.11.2005, DJ 09.01.06; Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Terceira Câmara, Apelação Cível nº 70011160066, Rel. Desembargador Néelson Antônio Monteiro Pacheco, j. 11.08.2005, DJ 03.10.2005; Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Primeira Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 0148658-2, Rel. Desembargado Troiano Netto, j. 20.04.2004, DJ 10.05.2004; Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Primeira Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 160423-3, Rel. Juiz Péricles Bellusci de Batista Pereira, j. 15.02.2005, DJ 04.03.2005.

<sup>24</sup>No sentido de haver *tutela de evidência*: Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Segunda Seção, Mandado de Segurança nº 9401329516, Rel. Juiz Tourinho Neto, j. 21.02.1995, DJU 10.04.1995, p. 20073; Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Segunda Turma, Agravo de Instrumento nº 200301000099819, Rel. Juiz Tourinho Neto, j. 26.08.2003, DJU 25.09.2003, p. 52; Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Segunda Turma, Agravo de Instrumento nº 200201000449522, Rel. Juiz Tourinho Neto, j. 20.05.2003, DJU 17.10.2003, p. 12; Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Segunda Turma, Agravo de Instrumento nº 200201000419581, Rel. Juiz Tourinho Neto, j. 19.03.2003, DJU 10.04.2003, p. 24; Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Quarta Turma, Agravo de Instrumento nº 200302010014284, Rel. Juiz Benedito Gonçalves, j. 29.09.2004, DJU 20.10.2004, p. 180; Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Sexta Turma, Agravo de Instrumento nº 200202010044983, Rel. Juiz André Fontes, j. 01.04.2004, DJU 08.09.2004, p. 185; Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Segunda Turma, Agravo de Instrumento nº 200102010386798, Rel. Juiz Sérgio Feltrin Corrêa, j. 26.09.2002, DJU 14.11.2002, p. 436; Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Terceira Turma, Agravo de Instrumento nº 9802257974, Rel. Juiz Júlio Martins, j. 07.04.1999, DJU 31.08.1999; Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Terceira Turma, Agravo de Instrumento nº 9802335860, Rel. Juiz Júlio Martins, j. 10.03.1999, DJU 15.06.1999; Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Segunda Turma, Agravo de Instrumento nº 200102010386798, Rel. Juiz Arice Amaral, j. 22.08.2000, DJU 16.11.2000; Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Terceira Turma, Agravo de Instrumento nº 199903000003158, Rel. Juíza Cecília Marcondes, j. 20.10.1999, DJU 24.11.1999, p. 353; Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Segunda Turma, Agravo de Instrumento nº 97030135641, Rel. Juiz Célio Benevides, j. 20.10.1999, DJU 29.10.1997; Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Segunda Câmara de Direito Público, Agravo de Instrumento nº 0525035, Rel. Desembargador Lineu Peinado, j. 12.05.1998; Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Décima Câmara de Direito Público, Agravo de Instrumento nº 6073845, Rel. Desembargador Torres de Carvalho; Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Vigésima Primeira Câmara, Apelação Cível nº 70004062097, Rel. Desembargador Marco Aurélio Hens, j. 19.03.2003; Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Terceira Câmara, Agravo de Instrumento nº 70003548328, Rel. Desembargador Augusto Otávio Stern, j. 14.03.2002; Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Quarta Câmara Cível Agravo de Instrumento nº 3223043, Rel. Desembargadora Regina Afonso Pontes, j. 13.06.2006, DJ 28.07.2006; Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Primeira Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 1202142, Rel. Juiz Airvaldo Stela Alves, j. 26.11.2002, DJ 16.12.2002.

## 2.3 APLICAÇÃO DO CONTRADITÓRIO

Como não poderia ser diferente, o princípio do contraditório também é aplicável no âmbito das medidas cautelares. A parte requerida deve ter ciência da informação do que contra ela é pedido, bem como lhe ser franqueada a oportunidade de apresentar argumentos contrários a essa medida, podendo influir no provimento jurisdicional.

A experiência prática demonstra que as cautelares patrimoniais, para terem um mínimo de efetividade, muitas vezes precisam ser concedidas e executadas sem o imediato conhecimento do agente ímprobo. Isso porque o simples temor de que os bens serão seqüestrados ou postos em indisponibilidade pode acarretar o seu ocultamento, dilapidação ou mesmo embaraço para inviabilizar a medida, por parte do requerido.

Talvez seja no campo dos provimentos liminares que a tensão entre os princípios da efetividade e o da segurança jurídica é mais contundente, principalmente diante de medidas *inaudita altera parte*.

De um lado, e como corolário do acesso à Justiça e da duração razoável do processo (CF, art. 5º, XXXV e LXXVIII), o princípio da efetividade reclama que a jurisdição propicie um resultado útil, apto a ser concretamente realizado.

Do outro, o princípio da segurança jurídica, tendo no contraditório um de seus consectários, assegura a participação da partes na formação do provimento jurisdicional.

A colisão de princípios já foi amplamente discutida na doutrina, tendo nas grandes figuras de Robert Alexy<sup>25</sup> e Ronald Dworkin<sup>26</sup> seus principais estudiosos. Não sendo este trabalho campo propício para o aprofundamento do assunto, resta consignar que a solução para resolver o conflito entre os princípios é verificar, de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto, qual dos princípios

---

<sup>25</sup>ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 1993, p. 12.

possui maior peso, dando-lhe a prevalência, sem necessariamente anular por completo o outro<sup>27</sup>.

Em alguns casos, contudo, o legislador já estabelece antecipadamente a ponderação e o princípio que deverá prevalecer. Assim, havendo o preenchimento de determinados requisitos, o princípio do contraditório, de antemão, deve ceder espaço para o do acesso à justiça.

É o que se verifica, por exemplo, na antecipação de tutela (CPC, art. 273), na liminar em mandado de segurança (Lei 1.533/51, art. 7º, II), nas medidas cautelares (CPC, art. 804), na liminar da ação civil pública (Lei 7.347/85, art. 12), entre outros.

Nos casos de *tutela de urgência*, além do *fumus boni juris*, há de ser demonstrado o *periculum in mora*, que foi positivado nas expressões: “receio de dano irreparável ou de difícil reparação” (CPC, art. 273, I); “puder resultar a ineficácia da medida” (Lei 1.533/51, art. 7º, II); “receio de que uma das partes, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação (CPC, art. 798); ou “poderá torná-la ineficaz” (CPC, art. 804).

Já nos casos de *tutela de evidência*, basta a parte comprovar que a sua alegação é verossimilhante, pois, pela própria natureza do bem da vida deduzido em juízo, o legislador dispensou o requisito do perigo da demora. E a concessão de liminar não é nenhuma atitude irrazoável, já que, bem demonstrado o *fumus boni juris*, a tutela definitiva muito provavelmente será consagrada em favor do autor. Além do mais, não tendo a medida o perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, se acaso o julgamento for de improcedência, não haverá maiores problemas de se retornar ao *status quo ante*. Lembrando, inclusive, que as cautelares patrimoniais não antecipam

---

<sup>26</sup>DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. London: Duckworth, 1991, p. 26.

<sup>27</sup>A propósito do tema, OWEN FISS acrescenta que: “Os valores presentes na Constituição norte-americana – a liberdade, a igualdade, o devido processo legal, a liberdade de expressão, de religião, o direito à propriedade, o cumprimento integral das obrigações contratuais, a segurança do indivíduo, a proibição de formas cruéis e incomuns de punição – são ambíguos, pois dão margem a um grande número de interpretações diferentes, via de regra conflitantes. Há, portanto, uma necessidade constitucional: dar-lhes um significado específico, definindo seus respectivos conteúdos operacionais, a fim de possibilitar a definição das prioridades a serem consideradas em caso de conflito”. (*In: Um novo processo civil: Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: RT, 2004, p. 25)

penas, apenas visam a garantir a recomposição do patrimônio público ou a recuperação do produto do enriquecimento ilícito.

Portanto, não agride o princípio do contraditório a concessão de medidas liminares sem a oitiva da parte contrária, sendo certo que as cautelares patrimoniais dos arts. 7º e 16 da LIA, podem ser concedidas, a teor do art. 12 da LACP, *com ou sem justificação prévia*.

Além disso, o contraditório, nas hipóteses de provimento liminar sem a prévia oitiva da parte contrária, será *diferido*<sup>28</sup>. Mesmo nesse caso, haverá sim a audiência bilateral e a paridade de armas, sendo que a participação da outra parte, pelas próprias circunstâncias do caso, não será *simultânea*, mas certamente será *simétrica*, ou seja, com a mesma *dimensão e intensidade* da participação da outra parte.

Resta, por fim, enfrentar a aplicabilidade, ou não, da Lei 8.437/92, que determina somente ser concedida a liminar, quando cabível, “após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas”.

Embora de constitucionalidade duvidosa, percebe-se que esta lei tem o objetivo de *proteger* o Estado nas demandas em que figure no pólo passivo da relação processual.

Diante disso, não há que se falar da incidência da Lei 8.437/92 nos processos de improbidade administrativa, pois nesta relação processual o Estado não figura como réu, bem como os interesses tutelados não vão de encontro aos da pessoa jurídica de direito público. Muito pelo contrário, busca-se na ação de improbidade resguardar os

---

<sup>28</sup> Segundo Cândido Rangel Dinamarco: “[...] a urgência de certas situações (*periculum in mora*) exige a imposição de medidas igualmente urgentes, sem prévio contraditório (*inaudita altera parte*): é o que pode dar-se com as cautelares e se dá com as liminares em geral, em razão dos males do fluir do tempo (o tempo é um inimigo), sem que no entanto fique excluído o contraditório, mas tão-somente postergado”. (In: *A instrumentalidade do processo*. 9. ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 133). Visto sob o ângulo da efetividade, Luiz Guilherme Marinoni assevera que: “Se a efetivação da medida cautelar *inaudita altera parte*, em algumas hipóteses, é absolutamente necessária para preservar a efetividade da tutela do direito afirmado pelo autor, a sua excepcionalidade decorre do fato de que esta posterga o contraditório. Em nome da efetividade do contraditório, ao réu deve ser permitido demonstrar, com a maior brevidade possível, a eventual inexistência dos fundamentos que autorizaram a concessão da medida”. (In: *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Fabris, 1994, p. 79-80)

interesses maiores do Estado, velando pelo império do princípio da moralidade e pela recomposição do patrimônio público<sup>29</sup>.

### 3 AFASTAMENTO DO AGENTE PÚBLICO

O afastamento do agente público foi previsto pela LIA como medida para a garantia da instrução processual. Incluído no capítulo que trata das disposições penais, o dispositivo prevê que: “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 sanções da perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos são bastante pesadas para um agente público, pois o retira definitivamente do seu atual exercício funcional e temporariamente do exercício do seu *status activae civitatis*. Em razão disso, tais medidas só se materializarão após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Com essa observação, tem-se que o afastamento do cargo tem natureza eminentemente cautelar, e não de antecipação de tutela<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup>Esse entendimento, inclusive, já restou assentado no Superior Tribunal de Justiça nos seguintes julgados: RMS 5621-0-RS; REsp 293.797-AC; REsp 73.083-DF; REsp 468354-MG; MC 3018-GO.

<sup>30</sup>João Gilberto Gonçalves Filho defende a aplicação da tutela antecipada para determinar o afastamento do agente público do cargo, emprego ou função, cujo raciocínio encerra a seguinte conclusão: “Por essas razões, trazendo a axiologia desses valores constitucionais para a ACP por ato de improbidade, conectado a Lei 8.429/92 com a legislação posterior (nova redação do art. 273 do CPC), mostra-se cabível a antecipação de tutela para afastar o agente público de suas funções, *mesmo que a medida não seja necessária à instrução processual*, desde que a procedência da ação seja bastante plausível (amparo em robustas provas), o ato imputado seja grave o suficiente (alta gravidade) e os antecedentes do agente sejam desfavoráveis. São estes os três critérios a nortear a adoção da medida antecipatória”. (In: O direito a uma tutela efetiva e tempestiva na ação civil pública. In: **Ação civil pública: 20 anos da**

A finalidade da norma é clara, conforme nos explica Rogério Pacheco Alves:

Por intermédio do afastamento provisório do agente, busca o legislador fornecer ao juiz um importantíssimo instrumento com vistas à busca da verdade real, garantindo a verossimilhança da instrução processual de modo a evitar que a dolosa atuação do agente, ameaçando testemunhas, destruindo documentos, dificultando a realização de perícias etc., deturpe ou dificulte a produção dos elementos necessários à formação do convencimento judicial.<sup>31</sup>

A presente medida encerra uma *tutela de urgência*. A par do *fumus boni juris*, deve ser demonstrado o *periculum in mora*. Cabe ao requecente provar que o agente público, no exercício do cargo e utilizando-se dele, promoveu ou promoverá atos tendentes a comprometer a regular instrução do processo.

Com relação à intensidade da prova, Teori Albino Zavascki entende que:

Não basta a possibilidade teórica de perigo ou de ameaça. É preciso que eles sejam reais, fundados em dados concretos e extraídos da conduta do requerido. É preciso demonstrar também que a medida será eficaz para afastar o risco: a suspensão do cargo não pode representar um simples castigo antecipado, mas deverá constituir a alternativa necessária para evitar o dano ao processo. Finalmente, não pode ser deferido o afastamento cautelar se o resultado a que visa puder ser obtido por outros meios, que não comprometam o bem jurídico protegido no *caput* do art. 20 da Lei (o exercício do cargo)<sup>32</sup>

Rogério Pacheco Alves, fazendo uma abordagem realista, diz que:

---

Lei 7.347/85. coord. João Carlos de Carvalho Rocha, Tarcísio Humberto Parreiras Henriques Filho e Ubiratan Cazetta. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 141-142.)

<sup>31</sup> *Op. cit.*, p. 625-626.

<sup>32</sup> *Op. cit.*, p. 126.

[...] embora não possa o afastamento provisório arrimar-se em 'meras conjecturas', não tem sentido exigir a prova cabal, exauriente, de que o agente, mantido no exercício da função, acarretará prejuízo ao descobrimento da verdade. Indícios já serão suficientes à decretação da medida, o que em nada infirma o seu caráter excepcional. Como sinteticamente exposto por Galeno Lacerda, 'se o dano ainda não ocorreu, não se requer prova exaustiva do risco. Basta a probabilidade séria e razoável, para justificar a medida'. Segundo pensamos, a análise judicial quanto à presença de 'probabilidade séria e razoável' de risco para a instrução processual passa, necessariamente, pelas denominadas 'regras de experiência comum' ('máximas de experiência'), 'subministradas pela observação do que ordinariamente acontece' (art. 335 do CPC). Este, a nosso ver, o único caminho possível ao ingresso de presunções no campo de análise do *periculum in mora*".<sup>33</sup>

Nessa espécie de medida cautelar, ao contrário das medidas patrimoniais, a regra será a prévia oitiva do agente público. Mesmo sem ter um caráter sancionador, o afastamento do agente do seu cargo, emprego ou função é bastante grave, muito embora a própria lei lhe preserve a remuneração, acaso a medida seja implementada. Somente em casos excepcionais a medida deverá ser apreciada *inaudita altera parte*. Cumpra que a *simultaneidade* e *simetria* sejam preservadas, a fim de conferir ao agente a possibilidade de influir previamente no provimento judicial, participando plenamente do processo.

Como se percebe, o contraditório aqui deve ser amplo, em razão da própria gravidade do provimento, só se admitindo a sua mitigação em situações extremas.

#### 4 CONCLUSÕES

A LIA disciplinou, nos arts. 7º, 16 e 20, três providências cautelares específicas, a saber, a indisponibilidade; o seqüestro de bens; e o afastamento cautelar do agente público. Pela sua própria natureza, tais medidas não ostentam nenhum caráter sancionador.

---

<sup>33</sup> *Op. cit.*, p. 626-627.



Com relação às cautelares patrimoniais – indisponibilidade e seqüestro de bens – a LIA admitiu de forma expressa a tutela de evidência, pois em *nenhum* momento previu 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.

A experiência prática demonstra que as cautelares patrimoniais, para terem um mínimo de efetividade, muitas vezes precisam ser concedidas e executadas sem o imediato conhecimento do agente ímprobo, tendo em conta que o simples temor de que os bens serão seqüestrados ou postos em indisponibilidade pode acarretar o seu ocultamento, dilapidação ou mesmo embaraço para inviabilizar a medida, por parte do requerido.

A cautelar de afastamento do agente público encerra uma tutela de urgência, cabendo ao requerente demonstrar o *fumus boni jûris* e o *periculum in mora*, que consiste em provar que o agente público, no exercício do cargo e utilizando-se dele, promoveu ou promoverá atos tendentes a comprometer a regular instrução do processo. Diante da gravidade da medida, somente em casos excepcionais, a medida será concedida *inaudita altera parte*.

## **PROTECTIVE MEASURES EXPECTED IN THE LAW OF ADMINISTRATIVE IMPROBIDADE: NATURE AND THEIR IMPACT ON LEGAL PRINCIPLE OF CONTRADITÓRIO**

### **ABSTRACT**

The present article aims to give a dogmatic analisys on the writ of prevention provided by law 8.429/92 (LIA) seeking to extract the true nature of each kind of preliminary injuction, in order to achieve a reasonable and secure interpretation about the incidence of the adversary system in the prosecution of misconduct of office, pointing to a compability of the principle of effectiveness with the constitutional guarantees of the process, essential to any litigant or accused

**Keywords:** Misconduct. Writ of prevention. Adversary system.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 1993.

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

COSTA, José Armando da. **Contornos Jurídicos da Improbidade Administrativa**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. London: Duckworth, 1991.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (Coord.). **Estudos de direito processual em memória de Luiz Machado Guimarães**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

FERRAZ, Sérgio. Aspectos Processuais na Lei sobre 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.

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

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Comentários acerca da Indisponibilidade Liminar de Bens Prevista na Lei 8.492, de 1992. In: **Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais**. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2003. Cassio Scarpinella Bueno e Pedro Paulo de Rezende Porto Filho (coord.).

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade Administrativa**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

NEIVA, José Antônio Lisboa. **Improbidade Administrativa: estudo sobre a demanda na ação de conhecimento cautelar**. Niterói: Impetus, 2005.

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

OWEN FISS. **processo civil: Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. São Paulo: RT, 2004.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa**. 4. ed., São Paulo: Atlas, 1999.

VELLOSO FILHO, Carlos Mário. A Indisponibilidade de Bens na Lei 8.492, de 1992 In: BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coord.). **Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.