

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

*Ronaldo Pinheiro de Queiroz*

*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*

**Sumário:** 1.1 – Primeiras considerações. 1.2 – Cautelares patrimoniais. 1.2.1 – Considerações gerais. 1.2.2 – Formas de tutela cautelar. 1.2.3 – Aplicação do contraditório. 1.3 – Afastamento do agente público. 1.4 – Conclusões. 1.5 – Bibliografia.

**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.

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

## 1.1 – PRIMEIRAS CONSIDERAÇÕES

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

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

principal, sendo, portanto, a primeira oportunidade de se invocar o devido processo legal coletivo.

Desnecessário, também, tecer maiores considerações sobre a importância das medidas cautelares para garantir a efetividade/utilidade do combate à improbidade administrativa, pois é até intuitiva a constatação de sua relevância para resguardar o futuro ressarcimento do dano causado ao patrimônio público, bem como para 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. 7.º, 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 de afastamento do agente público.

## 1.2 – CAUTELARES PATRIMONIAIS

### 1.2.1 – Considerações gerais

Antes de tudo, é bom que se diga que as cautelares em comento não ostentam nenhum caráter sancionador. Buscam 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. 7.º, 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 §§ 1.º e 2.º, 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>.

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

<sup>2</sup> GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 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.

<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.

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 abrangem *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 obtido 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, 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. 6.º 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.

<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 nexos deste com o bem. (Tutela jurisdicional cautelar e atos de improbidade. In: Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais. Coord. Cassio Scarpinella Bueno e Pedro Paulo de Rezende Porto Filho. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 303-308).

### 1.2.2 – 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 suficientes para demonstrar a plausibilidade do direito.

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

Dentro dessa linha de raciocínio, José Roberto dos Santos Bedaque<sup>10</sup> efetuou um corte metodológico nas duas medidas cautelares patrimoniais, pelo qual conseguiu apontar diferenças ontológicas e de finalidade.

Para o professor da Universidade de São Paulo, a indisponibilidade prevista no art. 7.º 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 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. 7.º 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, § 1.º, determinou que fossem aplicados os arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil, para o processamento da medida. Diante disso, tencionando o legislador integrar o art. 16 da LIA ao Código de Processo Civil, hão de ser demonstrados, para a concessão da medida, os requisitos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*.

<sup>10</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela jurisdicional cautelar e atos de improbidade. In: Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais. Coord. Cassio Scarpinella Bueno e Pedro Paulo de Rezende Porto Filho. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 303-308.

<sup>11</sup> Idem, ibidem.

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 Fidélis 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>.

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

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

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 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 dispensado 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>,

<sup>14</sup> GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 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: Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais. Coord. Cassio Scarpinella Bueno e Pedro Paulo de Rezende Porto Filho. 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: Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais. Coord. Cassio Scarpinella Bueno e Pedro Paulo de Rezende Porto Filho. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 120-122.

<sup>21</sup> FERRAZ, Sérgio. Aspectos Processuais na Lei sobre Improbidade Administrativa. In: Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais. Coord. Cassio Scarpinella Bueno e Pedro Paulo de Rezende Porto Filho. 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 ampl. 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

bem como havendo uma corrente, 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>.

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. 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

### 1.2.3 – 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 das 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 estu-

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.

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

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

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

<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” (Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. São Paulo: RT, 2004, p. 25).

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

<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”. (*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” (*Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Fabris, 1994, p. 79-80).

<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.

### 1.3 – 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: “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 da suspensão dos direitos políticos são bastante pesadas para um agente público, pois o retiram 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>.

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>*

<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” (O direito a uma tutela efetiva e tempestiva na ação civil pública. In: Ação civil pública: 20 anos da 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.

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:

*(...) 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*

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

*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*. Cumpre 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.

#### 1.4 – CONCLUSÕES

01. A LIA disciplinou, nos arts. 7.º, 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.

02. 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.

03. 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.

04. A cautelar de afastamento do agente público encerra uma tutela de urgência, cabendo ao requerente demonstrar o *fumus boni juris* e o *periculum*

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

*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 será concedida *inaudita altera parte*.

### 1.5 – BIBLIOGRAFIA

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

BEDAQUE, Paulo 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. rev., atual. e ampl. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

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.

FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

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

GONÇALVESFILHO, João Gilberto. O direito a uma tutela efetiva e tempestiva na ação civil pública. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho; HENRIQUES FILHO, Tarcísio Humberto Parreiras; CAZETTA, Ubiratan (Coord.). *Ação civil pública: 20 anos da Lei 7.347/85*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Comentários acerca da indisponibili-

dade liminar de bens prevista 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.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

NEIVA, José Antônio Libôa. *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.

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

ANTOS, Ernani Fidélis dos. Aspectos processuais da Lei de Improbidade Administrativa. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; DINO, Nicolao; FREITAS, Nívio de; ANJOS, Roberto dos (Coord.). *Improbidade Administrativa: comemoração pelos 10 anos da Lei 8.429/92*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

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.