

# A TUTELA CAUTELAR NA AÇÃO DE IMPROBIDADE

Francisco Barros Dias

Professor e Juiz Federal

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Evolução e natureza do processo cautelar. 3. Evolução e natureza da ação de improbidade administrativa. 4. Espécies de cautelares na ação de improbidade: 4.1 – Cautelar de indisponibilidade de bens. 4.2 – Cautelar de seqüestro na ação de improbidade. 4.3 – Cautelar de afastamento do agente público. 4.4 – Outras espécies de medidas cautelares na ação de improbidade. 5. – Conclusões. 6. Referências bibliográficas.

## **1. - INTRODUÇÃO**

A ação de improbidade administrativa prevista na Constituição Federal em seu art. 37, § 4º, regulamentada pela Lei 8.429/92, por ser um instrumento processual de novel ingresso no mundo jurídico brasileiro, ainda carece de muito estudo e de compreensão dos institutos jurídicos que o texto legal procurou inserir em nosso ordenamento jurídico.

As tutelas cautelares previstas nesse diploma legal é um desses temas que necessita de uma mirada dos doutrinadores e da jurisprudência, a fim de que se possa melhor compreender, sistematizar e alcançar os objetivos para os quais elas foram criadas.

É com o pensamento voltado a dar uma contribuição ao debate sobre essa matéria que nos propomos a trazer alguns aspectos relevantes para serem submetidos a uma mais profunda reflexão e podermos, quem sabe, contribuir com o aperfeiçoamento desse instrumento processual tão relevante para a sociedade.

Para esse contributo vamos incursionar em uma breve análise do processo cautelar nos dias atuais, depois procurar caracterizar a ação de improbidade em nossa ordem jurídica, verificarmos as

espécies de cautelares que a Lei de Improbidade Administrativa nos legou e trabalhar sua sistematização, natureza, finalidade e circunstâncias que as cercam.

## **2. - EVOLUÇÃO E NATUREZA DO PROCESSO CAUTELAR**

A tutela cautelar no Brasil pode ser bem diferenciada em três momentos históricos distintos nos últimos 70 (setenta) anos. O primeiro com o Código de Processo Civil de 1939, o segundo com o advento do Código de 1973 e o terceiro, com a reforma de 1994, através da Lei 8.952, de 13 de dezembro, que deu nova redação ao art. 273, da lei instrumental civil, aperfeiçoado com a Lei 10.444/02.

O Código de 1939 tratava a matéria no Livro V, intitulando de processos acessórios, iniciando pelas medidas preventivas no art. 675, para em seguida elencar várias espécies de procedimentos cautelares até o art. 781, daquele diploma legal.

Em 1973, com o advento do atual Código de Processo Civil, todos aqueles institutos jurídicos existentes até então, foram de uma forma ou de outra aperfeiçoados com uma melhor sistematização, perdurando todos eles com alguns ingredientes a mais, especialmente, na parte geral, tendo sido dedicado o seu Livro III, encimado com a expressão “Do Processo Cautelar”, cujos arts. 796 a 889 passaram a cuidar da matéria de forma teórica e como tutelas específicas.

Quando da reforma do nosso Código em 1994, a Lei 8.952, trouxe uma nova redação ao art. 273, fazendo inserir aí o instituto da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, aperfeiçoada em 2002, através da lei 10.444, que adicionou a tutela de natureza cautelar, ao lado da antecipatória de efeitos.

Ressalte-se que nos dois primeiros momentos da tutela cautelar - no Código de 1939 e na primeira fase do Código de 73 -, a ideia central era voltada para a tutela cautelar ser requerida

através de ação autônoma. Essa concepção retratava um autonomismo processual advindo do cientificismo que o processo havia adquirido na segunda metade do século XIX.

A reforma de 94 seguiu uma orientação diferente. Ao invés do prestígio de um processo autônomo cautelar, se deu prioridade a que essa espécie de tutela fosse buscada como simples medida dentro do processo principal, de forma incidental, sem necessidade de ajuizamento de uma ação para se obter um provimento antecipatório dos efeitos da sentença ou de garantia do direito postulado, de natureza eminentemente cautelar.

Com isso restou consagrado em nosso ordenamento jurídico o instituto que ficou conhecido popularmente e abreviadamente como tutela antecipada, cujos parâmetros restaram fixados no art. 273 e seus parágrafos 1º a 5º, com a Lei 8.952/94, para em 2002, serem acrescentados os parágrafos 6º e 7º, aperfeiçoando assim o sistema inicial, fazendo incluir aí a possibilidade de julgamento fracionado da causa e a medida de natureza meramente acauteladora.

Hoje, podemos dizer que o processo cautelar em sua forma autônoma não desapareceu por completo, mas apesar de existir sua estrutura intacta nos arts. 796 a 888, do Código de Processo Civil, como criado em 1973, tem uma utilidade muitíssimo limitada no campo prático.

Primeiro, porque em se podendo ajuizar a ação principal por ter o postulante os elementos indispensáveis a esse fim, não necessita da cautelar, nem preparatória, nem incidental; pois, é perfeitamente possível requerer a medida de natureza meramente acautelatória ou antecipatória de efeitos na própria inicial ou através de petição nos autos, no momento em que necessitar de uma medida dessa natureza.

Segundo, não vamos dizer que é absolutamente desnecessária uma medida cautelar preparatória, no entanto, o seu uso precisa ser bem justificado, tendo em vista que o processo principal comporta hoje, por força do art. 273, o pedido da medida no início ou no curso desse processo.

Terceiro, é possível se utilizar cautelar incidental, de forma também muito limitada, como pode ser aquela prevista no parágrafo único do art. 801, do Código de Processo Civil, ou, eventualmente, uma cautelar específica, como por exemplo, a de atentado.

Afora essas situações, é perfeitamente possível se obter a antecipação de efeitos ou uma medida assecuratória, dentro dos próprios autos de uma ação, quer seja no processo de conhecimento, quer seja em uma ação de execução, hoje limitada apenas a títulos executivos extrajudiciais.

Podemos afirmar que, no decorrer do tempo, entre a edição do Código de 1973 e os dias atuais, esse foi um dos processos que talvez tenha sofrido grandes modificações em nosso código, embora a parte do livro que cuida da matéria não tenha sofrido tanta alteração quanto a estrutura e sua disposição inicial.

### **3. - EVOLUÇÃO E NATUREZA DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

A Ação de Improbidade Administrativa nasceu com a Lei 8.429/92, a qual tem o objetivo de regulamentar o § 4º, do art. 37, da Constituição Federal, que estabeleceu parâmetros de sanções em caso de atos de improbidade, no âmbito civil (em sentido genérico), sem prejuízo das sanções penais, cujos limites e gradações deveriam constar de diploma legal.

Essa espécie de ação veio trazer ao mundo do direito e especialmente do processo judicial, uma possibilidade do Poder Judiciário, poder sancionar o agente público ímprobo, além do campo da responsabilidade civil e penal.

---

1 Parágrafo 4º, do art. 37, da Constituição Federal: “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

É que, antes da ação de improbidade, os atos de improbidade só poderiam ser objeto de sanção no âmbito da responsabilidade penal, quando o fato ensejasse um tipo infracional na órbita criminal, ou o ressarcimento do dano através de uma ação popular ou outra espécie, quando a lesão se consubstanciasse como patrimonial.

Afora essas possibilidades o Judiciário só poderia interferir nos atos ímprobos dos agentes públicos, quando estes - se sentido prejudicados ou injustiçados com um resultado de um processo administrativo que lhes fosse desfavorável -, buscavam um órgão jurisdicional para desconstituir a decisão administrativa que infligisse alguma reprimenda ou até lhes demitisse do cargo.

Dessa forma, só existia sanções contra os agentes públicos, afora a seara penal e a reparação de um dano patrimonial, no âmbito restrito da administração, o que ensejava a se reconhecer essa responsabilidade como administrativa.

Agora não. Depois da Lei 8.429, surgiram duas situações novas, com relação ao agente público: primeiro, há possibilidade de aplicação de outras sanções que não aquelas administrativas (strictu sensu) ou penal, mas por ato de improbidade; segundo, através de um processo judicial e não administrativo, cuja legitimação foi dada ao Ministério Público e as Entidades que venham a sofrer a lesão.

Restou assim a possibilidade de se coibir as mais variadas espécies de abusos, ilegalidades ou qualquer ato ou fato que impliquem uma das improbidades descritas nos arts. 9º, 10 e 11, da lei 8.429/92, através de um processo judicial.

Ainda, de peculiar característica nessa espécie de ação, temos a devolução de bens ou valores obtidos por enriquecimento ilícito do agente que de uma forma ou de outra causou o participou do ato danoso e a reparação do dano causado ao erário público pelo desfalque que o agir tenha provocado nesse patrimônio público, além dos efeitos sancionatórios que poderão advir com o julgado. As sanções podem ser de restrições de direito, de ordem patrimonial (multa), a perda do cargo e proibições de contratar ou receber benefícios fiscais ou subsídios do poder público por certo lapso temporal.

Assim, os efeitos resultantes da sentença ultrapassam o caráter reparatório ou de reposição patrimonial, descambando para outra seara que tem caráter sancionatório e com isso adquirindo um perfil bem peculiar aos processos de natureza genericamente civil, pois, como afirmado, cabe agora também ao Judiciário, devidamente provocado, aplicar uma sanção, restituição, reparação ou restrição de direitos, sem prejuízo da responsabilidade penal, o que não era possível antes da regulamentação deste instituto no sistema jurídico brasileiro.

#### **4. - ESPÉCIES DE CAUTELARES NA LEGISLAÇÃO DA AÇÃO DE IMPROBIDADE**

A lei que criou a ação de improbidade administrativa, não silenciou a respeito da tutela cautelar e com isso não deixou que a doutrina e a jurisprudência interpretassem a omissão como forma de se aplicar a regra geral do processo civil ou penal. Ao contrário, trouxe três dispositivos expressos a respeito da tutela cautelar. Dois no campo da garantia da reparação patrimonial, arts. 7º e 16 e, um, como forma de assegurar um conhecimento dos fatos imune a qualquer tolhimento da atividade jurisdicional, prevendo o afastamento do agente processado durante a instrução da Demanda, parágrafo único do art. 20 da Lei 8.429/92.

Vamos trabalhar inicialmente com esses três dispositivos e depois verificar se é possível outra forma de medida acauteladora nessa peculiar espécie de processo.

##### **4.1 - Cautelar de indisponibilidade de bens.**

Antes de adentrarmos na análise desse tópico, é importante esclarecer um aspecto relevante da matéria. É que o legislador ordinário achou por bem nominar uma das medidas cautelares da ação de improbidade administrativa como “indisponibilidade dos bens do indiciado”.

Ocorre que o constituinte originário, no art. 37, parágrafo 4º, da Constituição Federal, ao prever a possibilidade de sanções mínimas na lei que viesse a regulamentar o instituto, frisou bem que não deixasse de constar uma delas como sendo, “indisponibilidade dos bens”.

Com isso, é possível confundir um dos efeitos da sentença ou uma das sanções aplicáveis na ação de improbidade com uma das medidas cautelares previstas na lei. Acontece que são expressões idênticas com naturezas jurídicas e finalidades diversas. Enquanto na constituição tem-se uma previsão de espécie de sanção, para constar da lei como resultado do julgado ou efeito da sentença, na mesma lei se fez inserir uma espécie de cautelar como medida preventiva e asseguradora do resultado útil do processo com a mesma denominação.

Com efeito. Como afirmado, apesar de estarmos diante de expressões jurídicas idênticas, as mesmas representam institutos jurídicos distintos. Um, é espécie de sanção como resultado final da sentença e consta na Constituição em seu art. 37, § 4º, enquanto o outro é uma medida cautelar, a qual se encontra disciplinada no art. 7º da Lei 8.429/92.

Relevante esclarecer ainda que a sanção nominada de “indisponibilidade dos bens” na Constituição Federal recebeu no art. 12 da Lei de Improbidade, a denominação de “perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio”. O que desejava o constituinte era que o legislador não deixasse de sancionar o agente quando se comprovasse que enriqueceu ilicitamente com uma sanção específica, a qual denominou de “indisponibilidade dos bens”. Com isso o legislador atendeu a esse desiderato e colocou a sanção de perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, como consta dos incisos I e II, desse artigo da lei.

Essas observações têm pertinência pelo fato de o constituinte ter previsto também como efeito da sentença a reparação da lesão causada ao patrimônio público e esta veio a compor as espécies de sanções que estão arroladas nos incisos I a III, do art. 12 da Lei 8.429/92.

Por isso, o art. 7º<sup>2</sup> é bem claro ao criar uma espécie de tutela cautelar de indisponibilidade

---

<sup>2</sup> Art. 7º Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá a autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado.

dos bens de quem se encontra sendo processado, quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou resultar em enriquecimento ilícito. A finalidade do instituto aqui é apenas e tão somente tornar indisponível, ou seja, não poder o agente investigado ou acionado, dispor dos bens necessários ao ressarcimento integral dos danos eventualmente causados e a devolução do que tiver sido objeto de enriquecimento ilícito.

Com isso, a expressão “indisponibilidade dos bens”, constante do art. 7º da Lei 8.429/92, toma outro sentido, servindo para albergar as hipóteses de garantia da reparação dos danos ao erário, se houver, e, para serem devolvidos os bens ou valores que tiverem sido ilicitamente incorporados ao patrimônio do(s) demandado(s).

Quando ocorre o julgamento da ação de improbidade, aquilo que era uma medida acauteladora ou resguardadora do resultado útil do processo, passa a ter natureza de sanção, como sendo um dos efeitos do julgado, tanto para reparar possível lesão ao patrimônio público, como devolver bens ou valores quando tiver havido enriquecimento ilícito. Vejamos que a medida cautelar, indisponibilidade dos bens, tem como objetivo a garantia do juízo para a satisfação desses efeitos patrimoniais da sentença.

Ponto que também merece destaque é o que toca aos limites que a medida pode ensejar em relação à continuidade ou não da gestão do patrimônio. O fato de existir a indisponibilidade dos bens, os mesmos não devem sair do controle e gestão do agente, ou seja, a administração dos bens, patrimônio, empresa ou sociedade deve perdurar até que o resultado final do julgado ou que outra medida restritiva mais grave venha a ser tomada. A situação, portanto, é de restrição do direito por não poder o titular alienar, onerar ou dispor do bem sem o controle e acompanhamento do judiciário.

Quanto à iniciativa essa tutela cautelar pode ser solicitada pela autoridade administrativa responsável pela abertura dessa espécie de processo, bastando que faça uma representação ao Ministério Público para que seja requerida a indisponibilidade dos bens do indiciado, como também

---

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.



quando do ajuizamento da ação de improbidade. Frequentemente, na prática, a medida é sempre requerida quando do ajuizamento da ação judicial.

Assim, temos como legitimado ativo, indicado pelo legislador, o Ministério Público para ir a juízo postular a tutela cautelar, quando os fatos estiverem gravitando na órbita administrativa. Para tanto, é preciso que a autoridade administrativa faça uma representação indicando os elementos consubstanciadores da medida, a fim de que possa o órgão legitimado aferir a sua necessidade e dessa forma requerer ao juízo a providência acauteladora.

Quando a ação for ajuizada por outro legitimado do art. 17 da Lei de Improbidade, qual seja, a pessoa jurídica interessada ou entidade lesada, pode, também, nessa oportunidade requerer a medida cautelar de indisponibilidade de bens, caso entenda ser a hipótese, em razão dos fatos indicarem a existência de dano ao erário e/ou enriquecimento ilícito.

Legitimado passivo é aquele ou são aqueles agentes públicos ou não que estejam sendo investigados e tenha tido participação direta ou indireta nos fatos apurados ou em apuração, como forma de garantir a devolução dos valores ilicitamente obtidos ou de ressarcir o prejuízo patrimonial que houver sido apurado.

É importante reforçar a concepção de que a indisponibilidade recaia sobre bens que sejam suficientes para o ressarcimento do dano eventualmente causado e/ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito, se for o caso.

O legislador só fez prever a possibilidade de medida cautelar de indisponibilidade de bens quando verificada a hipótese de lesão ao patrimônio público ou enriquecimento ilícito. Questiona-se a possibilidade de dentro do poder geral de cautela do Juiz, ser possível a justificativa fundada para que o a prevenção alcance também outro efeito patrimonial da sentença que é a multa. Tenho que a melhor interpretação deve ser a que expressa a lei, justificando esse ponto de vista no fato de que estamos diante de uma medida preventiva, inaugural, preambular e que não deve albergar maiores extensões. Na hipótese de necessidade de maior extensão da medida outra providência deve ser tomada como o sequestro do art. 16 que será analisado mais a frente. Não deve, portanto, o julgador, nesse juízo deliberatório, se exceder ao ponto de determinar a indisponibilidade dos bens além das hipóteses de restituição do que ilicitamente obtido e do dano que tenha causado.

É comum nos depararmos na prática com decisões judiciais que alberga todo o patrimônio do agente, além de impedir a movimentação do patrimônio por parte do seu proprietário ou detentor. Essa providência pode ser tomada quando se trata da hipótese do art. 16 da Lei de Improbidade e não da indisponibilidade dos bens.

Apesar de o legislador ter sido cuidadoso em prever o remédio jurídico acautelador, não foi, no entanto, suficientemente completo em esclarecer uma diversidade de pontos em que uma medida dessa natureza exige para ser tomada. Assim, fica por conta da doutrina e da jurisprudência completar ou preencher essas lacunas que em apertada síntese, apontaremos.

Vários questionamentos podem surgir, como: só quem pode representar é a autoridade administrativa? A representação é na fase inicial do processo administrativo ou quando da sua conclusão? Só pode ocorrer a medida quando no momento do processo administrativo ou pode ser no processo judicial? Só pode ser preparatória ou pode ser incidental? Sendo incidental, necessita de ajuizamento de ação autônoma?

Procuraremos esclarecer todos esses pontos.

A questão relativa ao fato de só a autoridade administrativa poder representar ao Ministério Público tem razão de ser, porque nos parece que a regra, no caso concreto, está hipoteticamente direcionada ao agente encarregado da abertura de um processo administrativo e isso podendo acontecer em dois momentos: Um, quando da abertura do processo, entender a autoridade que já existem elementos que possam ensejar uma medida dessa natureza; segundo, quando da conclusão do trabalho da Comissão e encaminhado o processo para julgamento por parte da autoridade administrativa responsável pelo julgamento ou encaminhamento para quem de direito fazê-lo.

Essas peculiaridades são importantes, porque estamos diante de uma medida acauteladora de caráter preventivo e que a norma, ao nosso entender, sabiamente, deu logo a autoridade administrativa o poder de ter a iniciativa de se acautelar de sua responsabilidade na condução da abertura do processo de apuração dos fatos e logicamente no momento de se encontrar com o feito em mãos para julgar, após apuração dos mesmos pela Comissão, munido assim de informações que possam ensejar uma medida dessa natureza.

Cabe o esclarecimento também, pelo fato de serem esses dois momentos - abertura do processo administrativo e o julgamento -, exatamente os instantes em que o processo encontra-se em poder da autoridade administrativa.

Isso não significa que somente a autoridade administrativa tenha o poder de fazer essa solicitação. Cabe também à própria Comissão de apuração dos fatos que deixou de ser mencionado no dispositivo, o que se lamenta pela imprecisão da redação o que com isso possibilita divergências e demora na consolidação da compreensão da norma.

O dispositivo ao falar que a autoridade administrativa tem o dever de representar ao Ministério Público, não significa que essa espécie de medida só pode ser providenciada na fase do processo administrativo. Significa também que, nessa fase e desde logo, se elementos existem para que a medida seja tomada, assim se proceda.

Claro que no processo judicial é perfeitamente possível e aí já é a hipótese da iniciativa ser do Ministério Público ou outra entidade legitimada que tenha ajuizado a demanda e não ter havido pedido por iniciativa da autoridade administrativa.

Quando se trata de medida solicitada na fase do processo administrativo, não há como se cogitar de forma diferente quanto ao tipo de instrumento processual utilizado. Há de ser, sem maiores divergências, uma ação cautelar preparatória que antecede ao processo principal da ação de improbidade, visando assegurar o resultado útil deste último.

No entanto, quando estamos diante do pedido da tutela cautelar após o ajuizamento da ação de improbidade ou quando do seu ajuizamento, ou se já se tem condições de ajuizar tal ação, não faz sentido, nos dias de hoje, ajuizar-se uma ação cautelar incidental. É bastante que se requeira a medida cautelar, quer na inicial da ação de improbidade, quer no curso dessa demanda, pois aí estarão atendidos os princípios do sincretismo, eficiência, celeridade, instrumentalidade, economia processual e, acima de tudo, a nova estrutura do instituto da tutela cautelar em nosso ordenamento jurídico.

Diante da posição assumida na ordem jurídica nacional quanto à natureza das tutelas cautelares de urgência, seja para antecipar efeitos da decisão final, seja para resguardar direitos

quanto ao resultado útil do processo, há perfeita razoabilidade em se seguir a orientação aqui exposta.

Assim, estamos diante de situação em que o processo cautelar preparatório é possível diante dessas circunstâncias em que se encontram as apurações dos fatos no âmbito administrativo. É possível também, incidentalmente, a medida nos próprios autos, quando do ajuizamento ou já ajuizada a ação de improbidade, tudo como prescreve a nova ordem jurídica e a estrutura da tutela cautelar nos dias atuais.

Aspecto que merece ser acrescentado é o que diz respeito à posição que o Superior Tribunal de Justiça consolidou quanto aos requisitos que o juiz deve levar em consideração no momento de proferir decisão a respeito dessa espécie de cautelar, proclamando que “o entendimento conjugado de ambas as Turmas de Direito Público desta Corte é de que, a indisponibilidade de bens em ação de improbidade administrativa: a) é possível antes do recebimento da petição inicial; b) suficiente a demonstração, em tese, do dano ao Erário e/ou do enriquecimento ilícito do agente, caracterizador do *fumus boni iuris*; c) independe da comprovação de início de dilapidação patrimonial, tendo em vista que o *periculum in mora* está implícito no comando legal; d) pode recair sobre bens adquiridos anteriormente à conduta reputada ímproba; e e) deve recair sobre tantos bens quantos forem suficientes a assegurar as consequências financeiras da suposta improbidade, inclusive a multa civil. Precedentes: REsp 1115452/MA; REsp 1194045/SE e REsp 1135548/PR”.

Acrescentou ainda que “a indisponibilidade dos bens não é indicada somente para os casos de existirem sinais de dilapidação dos bens que seriam usados para pagamento de futura indenização, mas também nas hipóteses em que o julgador, a seu critério, avaliando as circunstâncias e os elementos constantes dos autos, afere receio a que os bens sejam desviados dificultando eventual ressarcimento. (AgRg na MC 11.139/SP)”.

O enunciado jurisprudencial sintetiza aquilo que já havíamos preconizado. Primeiro, é possível antes do recebimento da petição inicial da ação de improbidade, logicamente quando do recebimento desta e em todo o seu curso. Segundo, basta que haja evidências de que estamos diante de hipótese que houve prejuízo ao erário ou enriquecimento ilícito. Terceiro, não é necessário que reste comprovado o início de dilapidação ao patrimônio do agente. Basta que os dois outros

elementos (possíveis dano ao erário e enriquecimento ilícito) estejam presentes, pois o perigo não está, como afirmado na jurisprudência, na prova do início de dilapidação ao patrimônio, mas naqueles elementos que o próprio legislador elegeu como suficientes para concessão da medida.

A jurisprudência do STJ, portanto, nos dias atuais, perfilou de forma objetiva e clara os elementos que deverão estar presentes em uma medida dessa natureza. Com isso temos objeto, legitimidade, requisitos, finalidade, circunstâncias e peculiaridades do instituto bem definidos.

#### **4.2 - Cautelar de Seqüestro na ação de improbidade.**

Ao lado da cautelar de indisponibilidade dos bens, o art. 163, da lei de improbidade administrativa prevê também a possibilidade de uma cautelar que denominou de seqüestro e que fosse processada na forma dos arts. 822 a 825, do Código de Processo Civil, quando houver fundados indícios de responsabilidade, cabendo a Comissão encarregada de apuração dos fatos no âmbito de um processo administrativo, representar ao Ministério Público ou à procuradoria do órgão que esteja apurando os fatos, a fim de ser requerida ao juízo a decretação do seqüestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.

Determina ainda que, quando for o caso o pedido de seqüestro incluirá a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no exterior, tudo nos termos da lei e dos tratados internacionais.

---

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

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

§ 2º Quando for o caso, o pedido incluirá a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais.

A doutrina tem uma certa preocupação em fazer a diferença ou encontrar identidade entre esta espécie de medida cautelar (seqüestro) do art. 16 da lei de improbidade administrativa, com a medida cautelar de indisponibilidade dos bens prevista no art. 7º, do mesmo diploma legal<sup>4</sup>.

Sinceramente, esses detalhes e sibilinas análises dos doutrinadores, me deixam sempre uma sensação de preocupação. É que as minúcias encontradas quanto as diferenças e identidades é sempre para ao final procurar se limitar a utilização dos institutos jurídicos e dizer-se que é cabível em uma ou outra determinada situação, porém negando-se muitas das vezes quando se faz mais necessário o uso da entidade jurídica.

Parece-me que o importante é o legislador oferecer meios, indicar rumos, ofertar possibilidades de que os direitos restem assegurados, de que as garantias constitucionais e legais devam ser ampla e plenamente satisfeitas.

Com isso, poder-se afirmar que na realidade estamos diante de tutelas cautelares garantidoras e asseguradores do patrimônio público, lesado ou ameaçado de lesão, quer por ter havido enriquecimento ilícito de alguém, quer por ter havido desfalque a um bem pertencente ao patrimônio público.

Qualquer que seja o nome que se venha dar a medida; qualquer que seja o momento de requerê-la; qualquer que seja a forma perfilhada pelo legislador, não se deve limitar ou restringir o uso do instituto. O importante é que as garantias dos direitos, o patrimônio público como bem de relevante valor no seio da sociedade, estejam assegurados e ao final do processo de improbidade, obtenha-se um resultado útil e eficaz a esse mesmo processo.

Realmente, a ideia que passa em um primeiro momento é que o legislador trabalha com duas espécies de tutelas cautelares, cada uma de natureza própria, com momentos distintos de utilização, procedimentos diferentes e finalidades específicas.

---

<sup>4</sup> As ações cautelares na lei de improbidade administrativa de DANIEL LOBO OLIMPIO, em cujo trabalho publicado no site da Justiça Federal do Rio Grande do Norte [www.jfn.jus.br](http://www.jfn.jus.br), no link biblioteca, na parte de doutrina, o autor mostra com percuciência essa preocupação da doutrina em trabalhar com as identidades e diferenças entre os institutos jurídicos traduzidos nos arts. 7º e 16, da Lei 8.429/92.

Isso porque, denominou essas espécies de tutelas de forma diferenciada – uma de indisponibilidade dos bens do indiciado, outra de seqüestro -, além de uma ser sugerida pela Autoridade Administrativa, outra pela Comissão que preside o processo administrativo; uma sem definição do procedimento, outra com definição do procedimento da mesma espécie de cautelar prevista no Código de Processo Civil. Uma para tornar apenas indisponível os bens, outra para seqüestrar esses bens. Esta seria mais grave do que simplesmente torná-los indisponível?

Esses, portanto, são ingredientes que dão azo a muitas especulações, divisões, peculiaridades e terminam por restringir ou inaplicar o remédio necessário e indispensável, esquecendo-se muitas das vezes da verdadeira finalidade dos institutos jurídicos que, aparentemente o legislador quis entregar aos destinatários da norma de forma bem fracionada e detalhada, como se tivéssemos que seguir as literalidades das normas e não os seus fins, utilidades e eficácias.

Vejo os dispositivos, no entanto, com outro enfoque. São disposições legais que visam assegurar, resguardar, garantir e tornar útil o processo de improbidade administrativa, para, ao final, ser obtido o efeito primordial dessa tutela jurisdicional, no que tange a reposição do patrimônio público e a devolução a esse mesmo patrimônio daquilo que foi obtido ilegal e ilicitamente em razão de um desvio no exercício da atividade de um agente público e seus coparticipantes.

Para alcançar esses desideratos, é bastante que se identifique nas prescrições legais o fato de procurar repor o patrimônio público, buscar a devolução daquilo que foi ilicitamente obtido, bloqueando bens, valores, contas bancárias e aplicações financeiras, sendo que essas quatro últimas providências guardam muita similitude com a medida concernente a indisponibilidade dos bens, que também se presta aos mesmos fins.

É bem possível que o legislador tenha procurado fazer a distinção entre as duas tutelas cautelares, em razão da maior ou menor intensidade da medida, até porque enquanto a do art. 7º denota-se que o pedido seja na abertura do processo administrativo, em regra, na do art. 16, já se trata de uma postulação na fase do relatório da Comissão, onde os fatos já foram razoavelmente apurados e indicados com certa segurança os seus autores.

Mas, o importante é que diante de cada caso concreto, seja a tutela cautelar mais adequada, quer no início do processo administrativo, quer nas suas conclusões, quer na abertura do processo

de improbidade administrativa, quer no curso da ação no judiciário. Tudo reinará sob os aspectos da necessidade, adequação, oportunidade, utilidade, eficácia e obtenção de resultado efetivo dos processos.

Para tanto é importante que estejam presentes requisitos como plausibilidade da ocorrência de um fato ou ato que se consubstancie como ímprobo. Os mesmos tenham causado uma lesão patrimonial aos interesses dos entes públicos enumerados no art. 1º, da Lei de Improbidade Administrativa. Haja risco de insuficiência ou desfazimento do patrimônio dos agentes envolvidos, quer por ser de grandes valores os desfalques, quer por atitudes de desfazimento do patrimônio que possui, quer pelos altos valores que envolvem o ilícito e por isso se apresentar na hipótese, a necessidade da medida.

Aqui estamos diante dos instituto do sequestro que o legislador da ação de improbidade determinou que se aplicasse, no que coubesse, as regras dos arts. 822 a 825 do Código de Processo Civil. Assim, temos os requisitos do art. 16 da lei especial e os dispositivos da lei instrumental geral.

Estamos diante, ao nosso vê, de hipótese distinta do art. 7º da lei de improbidade já analisado. Como se trata de cautelar específica do Código, dentre os seus requisitos está o fato de ser indicado um depositário para administrar os bens. É possível, portanto, que haja retirada dos bens do poder do Demandado da ação. Para tanto o juiz deve levar em consideração os aspectos da conveniência e circunstâncias que ditam a permanência dos bens ou patrimônio em poder do(s) Demandado(s).

Eis uma grande diferença entre esta cautelar patrimonial e a do art. 7º da lei de improbidade. Como já afirmado, a indisponibilidade dos bens indica que os mesmos deverão permanecer sob a administração do(s) Demandado(s) e o controle e orientação do juiz do feito. Aqui não. É possível que o depositário ou administrador seja o agente que responde a ação, mas isso só é viável quando se verificar todas as conveniências que uma medida dessa natureza exige para uma decisão dessa natureza.



Pelas características da presente medida, é possível se levar em consideração na tomada de decisão a possibilidade de se encontrar o agente dilapidando o patrimônio ou na iminência de o fazê-lo, o que diferencia bastante esta medida daquela outra que já foi reconhecida pela jurisprudência como desnecessária a análise desse requisito.

Resumindo as propectas lições, é preciso que estejamos diante de um direito verossímil, plausível, provável e um perigo em não se obter ao final um resultado útil do processo de improbidade. Esses são os verdadeiros pressupostos que deverão estar presentes em qualquer que seja a circunstância do caso.

#### **4.3 - Cautelar de afastamento do agente público.**

No parágrafo único, no art. 205, da Lei 8.429/92, estamos diante de uma tutela cautelar bem diferente das anteriores. Aqui, o que se busca e pretende é assegurar a utilidade do processo, sob outro ângulo, qual seja a influência do agente no seu andamento, a possibilidade de interferência na instrução, produção de prova e outras diligências que o caso requeira e fique muitas das vezes à mercê do indiciado ou processado, quer por não atender a requisições de informações, quer por dificultar os mais variados meios de provas, quer por ameaçar testemunhas, declarantes, etc., quer, enfim por ser omissos no dever de colaborar com a apuração dos fatos e do andamento normal do processo administrativo ou judicial.

A medida pode ser tomada tanto por ocasião da instauração e andamento do processo administrativo, como no início ou no curso do processo judicial. O importante é que a medida venha

---

<sup>5</sup> 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.

a ser tomada quando se fizer necessário, imprescindível e recomendar as circunstâncias, a fim de que a instrução processual não sofra as interferências e obstáculos que impeçam, atrase ou dificulte o andamento da apuração dos fatos em qualquer instância, administrativa ou judicial.

O dispositivo legal teve como berço de sua concepção, o art. 1476, da Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, conhecida como Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União, no título destinado ao processo administrativo disciplinar, que prevê a medida cautelar de afastamento do servidor para não influir na apuração da irregularidade, pelo prazo de 60 (sessenta) dias, prorrogável por idêntico lapso temporal.

Essa medida, no âmbito do processo administrativo no curso de sua história, nunca teve maiores resistências, nem foi objeto de grandes impugnações ou repercussões quanto a sua inconstitucionalidade, ilegalidade, ou eficácia jurídica ou social.

Ocorre que, trazida para o processo de improbidade administrativa, as coisas não se dão com a naturalidade que se tem notícia historicamente no processo administrativo disciplinar. Isso porque, na lei de improbidade administrativa há a possibilidade de responderem a essa espécie de processo, muitos agentes públicos eletivos, como governadores, senadores, prefeitos, deputados e vereadores.

É que, com relação a essas pessoas, a resistência, a repercussão, os efeitos, são bem maiores e houve no sistema jurídico e político brasileiro, historicamente, uma tolerância nos desmandos da administração pública, especialmente quando esses agentes estão à frente dessas ilicitudes.

Por isso questiona-se de logo, se a lei não é inconstitucional por albergar agentes eletivos ou agentes públicos ou políticos de “alto escalão”, por possibilitar o afastamento afora as hipóteses enumeradas expressamente na Constituição Federal.

A matéria não comporta maiores alargamentos no campo restrito do presente trabalho, mas é preciso se ter em vista que se trata apenas de uma medida acauteladora, a qual está prevista na atividade jurisdicional, inserida na Constituição Federal, tanto para dizer, proclamar e reconhecer o

---

6 “Art. 147. Como medida cautelar e a fim de que o servidor não venha a influir na apuração da irregularidade, a autoridade instauradora do processo disciplinar poderá determinar o seu afastamento do exercício do cargo, pelo prazo de até 60 (sessenta) dias, sem prejuízo da remuneração.

Parágrafo único. O afastamento poderá ser prorrogado por igual prazo, findo o qual cessarão os seus efeitos, ainda que não concluído o processo”.

direito, como nas hipóteses de possibilidade de lesão a esses direitos, como se infere do art. 5º, inciso XXXV, da lei magna.

O que precisa existir é a necessidade de ser tomada a medida cautelar, o que muitas das vezes não ocorre. O simples ajuizamento de uma ação de improbidade e a instauração de um processo administrativo disciplinar, por si só, não pode ser motivo justificador de uma medida dessa natureza.

É preciso que haja fundado receio, justificável atitude, demonstração de comportamento, indícios fortes de que a continuação do agente no cargo implicará prejuízo à instrução do processo. Mas, esses pressupostos não podem ser apenas proclamados como dogmas da medida, mas acima de tudo demonstrados por fatos, atos ou circunstâncias que justifiquem a medida.

Aliás, não só o processo administrativo serviu de berço a essa medida, como o processo penal, também possibilita essa atitude do julgador, a qual pode ir até a decretação da prisão preventiva, bastando para tanto que, diante do caso concreto, venha a se configurar a necessidade da medida. É o que se pode extrair do art. 312, do Código de Processo Penal, além de outras medidas cautelares inseridas nesse processo pela Lei 12.403/11.

Portanto, estamos diante de medida acauteladora que visa assegurar o andamento regular de um processo administrativo ou judicial, com o fim de se atender ao princípio do livre exercício da atividade jurisdicional, com as garantias e finalidades que o processo persegue.

#### **4.4 - Outras espécies de medidas cautelares na ação de improbidade.**

Mesmo não existindo previsão legal na lei específica da ação de improbidade, a ordem jurídica oferece outros meios para tomada de decisão que enseje medidas cautelares, quando o caso posto em juízo possa exigir essa providência.

Não é difícil o julgador se deparar com situações e a parte postular pretensões que impliquem em tomada de decisão acauteladora que não seja uma daquelas que se encontra expressamente prevista na lei. Tais circunstâncias se apresentam sempre quando haja necessidade

de remoção de coisas e pessoas, restauração de uma situação fática, suspensão de atos ou fatos que estejam dificultando ou impedindo o andamento do processo, além de toda e qualquer outra medida que possa levar ao atendimento do princípio da utilidade da sentença proferida na ação de improbidade.

Esses postulados estão genericamente postos na Constituição Federal, no seu rico inciso XXXV, quando proclama o princípio da inafastabilidade da atividade jurisdicional em toda e qualquer espécie de conflito, todas as vezes que se estiver diante da ameaça de ineficácia do julgado.

Em termos de legislação ordinária podemos extrair essa ideia do próprio art. 273, do Código de Processo Civil em suas variadas formas de tutelas antecipadas de natureza assecuratória ou de antecipação de efeitos, quer em caso de urgência, quer em caso de abuso de direito de defesa, ou naquilo que de qualquer forma cause prejuízo ao fim útil do processo. Podemos ainda nos valer do art. 461, do Código de Processo Civil ou art. 84, do Código do Consumidor, quando estivermos tratando de processo coletivo, espécie perfeitamente enquadrável da ação de improbidade.

Com isso podemos afirmar que embora o legislador tenha sido parcimonioso na oferta de normas específicas quanto a possíveis medidas cautelares na ação de improbidade, os casos indicados e aqui analisados, são apenas exemplificativos de outras medidas poderem vir a ser tomadas, diante de situações que não aquelas descritas nos dispositivos legais referidos, bastando surgir a necessidade e com isso o poder geral de cautela assegurado constitucionalmente, ser perfeitamente utilizado, desde que para tanto algo se enquadre com essa peculiaridade.

## **5. - CONCLUSÕES**

1. – O processo cautelar previsto no Código de 1939, veio a ser aperfeiçoado com o Código de Processo Civil de 1973, o qual dedicou o Livro III a essa espécie de processo, atendendo ao princípio do autonomismo processual, para, em 1994, mudar de paradigma e com isso atender aos princípios da instrumentalidade, eficiência e sincretismo processual.

2. – A ação de improbidade administrativa surgiu com a regulamentação do art. 37, § 4º, da Constituição Federal, através da lei 8.429/92, com um fim de preencher uma lacuna quanto a existência de instrumental processual judicial, na coibição de atos de improbidade de agentes públicos faltosos.

3. – A lei regulamentadora da ação de improbidade administrativa trouxe três dispositivos legais, arts. 7º, 16 e 20, parágrafo único, destinados a cuidar de ação ou medida cautelar, seja para resguardar e garantir a utilidade do processo no campo patrimonial da reparação do dano causado, seja para resguardar a possibilidade de restituição de bens ilicitamente adquiridos; seja para assegurar o atendimento do princípio da liberdade da atividade jurisdicional, não permitindo assim que venha o agente processado causar qualquer prejuízo na instrução do processo administrativo ou judicial, pois há a possibilidade de seu afastamento para evitar esse desiderato.

4. – Outras medidas acauteladoras podem ser tomadas em uma ação de improbidade administrativa, que não aquelas expressamente previstas na legislação específica, desde que o julgador esteja diante de uma situação de garantia do processo e sua utilidade e venha a mesma a ser requerida com os elementos demonstradores de tal circunstância.

## **6. - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ALVIM, Tereza Arruda. *Medida Cautelar, Mandado de Segurança e Ato Judicial*. 3ª. edição. São Paulo: RT. 1994.

BAUR, Fritz. *Tutela Jurídica mediante Medidas Cautelares*. Tradução: Armino Edgar Laux. Porto Alegre: Fabris. 1985.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros. 2006.

CALAMANDREI, Piero. Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares. Traducción: Marino Ayerra Merín. Buenos Aires: “El Foro”. 1996.

CUNHA, Alcides Alberto Muñoz da. A lide cautelar no processo civil. Curitiba: Juruá. 1992.

D’ANGELO, Élcio e D’ANGELO, Suzi. O Princípio da Probidade Administrativa e a Atuação do Ministério Público. 2ª edição. Campinas: LZN. 2004.

FAZZIO Jr., Waldo. Atos de Improbidade Administrativa – Doutrina, Legislação e Jurisprudência. 2ª. edição. São Paulo: Atlas. 2008.

FERREIRA DE LA RÚA, Angelina. (Directora) Medidas Cautelares – doctrina y jurisprudencia. Coleccion de Derecho Procesal n. 3. Córdoba: Advocatus. 2008.

FERREIRA, Pinto. Medidas Cautelares. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1983.

FUX, Luiz. Tutela de Segurança e Tutela de Urgência. São Paulo: Saraiva. 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação da Tutela. 9ª edição. São Paulo: RT. 2006.

- Técnica Processual e Tutela dos Direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004.

- Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença. São Paulo: RT. 3ª edição. 1999.

- Tutela Inibitória(Individual e Coletiva. São Paulo: RT. 1998.

NEGRÃO, Theotônio e GOUVÊA, José Roberto F. Código de Processo Civil e legislação processual em vigor. 38ª edição. São Paulo: Saraiva. 2006.

NEIVA, José Antonio Lisboa. Improbidade Administrativa – estudo sobre a demanda na ação de conhecimento e cautelar. 2ª edição. Niterói: Impetus. 2006.

NERY Jr, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante. 9ª edição. São Paulo: RT. 2006.

OLIMPIO, Daniel Lobo. *As ações cautelares na lei de improbidade administrativa*. Natal. Site da Justiça Federal [www.jfrn.gov.br](http://www.jfrn.gov.br), no link DOCTRINA.

RAMÍREZ, Jorge Orlando. Función precautelar – Medidas cautelares – Procesos urgentes. Autosatisfactivas. Buenos Aires: Astrea. 2005.

RANGEL Jr., Hamilton. Princípio da Moralidade Institucional – conceito, aplicabilidade e controle na constituição de 1988. São Paulo: Juarez de Oliveira. 2001.

ROSENBERG, Leo. Tratado de Derecho Procesal Civil. Tomo II. Traducción: Ângela Romera Vera. Lima: ARA. 2007.

SAMPAIO, Marcus Vinicius de Abreu. *O Poder Geral de Cautela do Juiz*. São Paulo: RT. 1993.

SAMPAIO, José Adércio Leite; COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e; SILVA FILHO, Nívio de Freitas e ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. (coordenadores) *IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – 10 ANOS DA LEI 8.429/92* -. Del Rey e ANPR. Belo Horizonte. 2002.

SHIMURA, Sergio Seiji. Arresto Cautelar. São Paulo: RT. 1993.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de Processo Civil – Processo Cautela (tutela de urgência). Vol. 2. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 2007.

- A Ação Cautelar Inominada no Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Forense. 1991.
- Do Processo Cautelar. Rio de Janeiro: Forense: 1996.

VILLAR, Willard de Castro. Ação Cautelar Inominada. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 1988.

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação de Tutela. São Paulo: Saraiva. 1997.