

OS EFEITOS DA TUTELA PROVISÓRIA URGÊNCIA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Paulo Antônio Silva Neto*
paulonetoadvog@gmail.com

RESUMO: Diversas mudanças surgiram com o advento do novo Diploma Processualista Civil, mormente no que tange ao Instituto da Tutela Provisória de Urgência; suprimindo procedimentos cautelares, considerados atávicos; alterando os requisitos para a concessão das Tutelas Provisórias; e, criando-se a Tutela de Evidência. Todavia, Diplomas Especiais, os quais utilizam do Código de Processo Civil, para a efetivação de Medidas Cautelares próprias; como a Lei de Improbidade Administrativa, ter-se-ão que se amoldar às regras, contidas no novo Códex Processual. Outrossim, devemos nos valer sempre do Poder Geral de Cautela, com fito a resguardar os Direitos Constitucionais.

Palavras-chave: Poder Geral de Cautela; Tutela Provisória de Urgência; Novo Código de Processo Civil; Improbidade Administrativa.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS: Uma nova roupagem da Tutela Provisória, no Novo Código de Processo Civil e a aplicabilidade na Lei de Improbidade Administrativa.

A Carta Cidadã trouxe ao Ordenamento Brasileiro uma grande vitória; “ambiciosa”, rica em direitos; contendo um extenso rol de Direitos Fundamentais e Sociais. O Constitucionalismo Brasileiro, inspirado no modelo europeu Pós-segunda Guerra, edificou uma estrutura jamais vista antes; agregando mais direitos, que a Constituição Alemã; a qual optou por um rol de Direitos Fundamentais; e, não dispôs, extensivamente, acerca do rol de Direitos Sociais; demonstrando uma verdadeira superação às Constituições passadas, que se viram influenciadas por um poder centralizador.¹

Frente aos diversos Direitos e Garantias Fundamentais, fez-se necessária a criação de meios de proteção dos recursos públicos, os quais, são utilizados para a efetivação das Políticas Públicas, as quais garantam a consecução dos referidos Direitos e Garantias, tecidos na Carta da República.

* Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Planalto de Araxá – MG. Advogado.

¹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3. Ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo: 2013., página 275.

Posto isso, o Constituinte originário cuidou de tratar da Improbidade Administrativa, no Texto Constitucional, no §4º do Artigo 37:

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.² (Grifo nosso)

A referida Normativa é a Lei de Improbidade Administrativa, que fez previsão, em seu texto, de Medidas Cautelares, com o fito de resguardar a efetividade da Tutela Jurisdicional final; utilizando-se das regras, previstas no Código de Processo Civil de 1973.

Com o advento do Novo Diploma Processual; e, frente às diversas alterações trazidas ao Instituto da Tutela Provisória, alguns reflexos foram gerados em face da aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa.

Nesse introito, por meio de um processo metodológico dedutivo, no qual lançaremos mão de vasto material bibliográfico, exploraremos, as Legislações, correlatas ao tema; mormente o Diploma Processualista vigente e a Lei de Improbidade Administrativa; sempre, em observância ao Texto Constitucional, que se encontra no vértice de nosso Ordenamento.

Portanto, o presente Trabalho Científico tem, por objetivo, analisar as alterações ocorridas, com o advento do Novo Código de Processo Civil; notadamente, no que tange às Tutelas Provisórias e aos seus respectivos efeitos nas Medidas Cautelares, previstas na Lei de Improbidade Administrativa. E, por fim, valer-se do Poder Geral de Cautela, no sentido de solucionar quaisquer celeumas e conflitos, surgidos com a vigência do Diploma Processual.

2 TUTELA PRÓVISÓRIA: Mudanças trazidas pelo novo Código de Processo Civil

O Novo Diploma Processual trouxe, em seu tecido legal, uma nova roupagem à Tutela Provisória; assim, dada à sua importância, dedica-se todo o Livro V, da Parte Geral, ao referido Instituto.³

² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acessado em: 10 de março de 2019.

³ BRASIL. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acessado em: 09 de março de 2019. Livro V: Da Tutela Provisória.

“A expressão “Tutela Provisória” passou a demonstrar, na atual sistemática, um conjunto de Tutelas diferenciadas, que podem ser postuladas em processo de conhecimento ou de execução; fundadas, tanto na urgência, quanto na evidência”⁴

O Legislador, no texto legal do Artigo 294, definiu que a “A Tutela Provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência”; “podendo ser a Tutela Provisória de Urgência, Cautelar ou Antecipada; concedida, em caráter antecedente ou incidental”.⁵

As Tutelas, tanto a Cautelar, quanto a Antecipada, podem ser requeridas, em caráter incidental -*a qualquer tempo dentro do processo principal*- ou, em caráter antecedente -*antes do ingresso da peça inaugural*-; sendo que, em ambas, dever-se-á comprovar os elementos, que evidenciem a probabilidade do Direito -*fumus boni iuris*- e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do Processo -*periculum in mora*-.⁶

A Tutela Provisória de Urgência Cautelar possui natureza, apenas, acautelatória; ou seja, “o Juiz não concede o que só seria definido ao final; mas, determina providências de resguardo, proteção e preservação dos direitos, em litígio”⁷.

Já, a Tutela Provisória Antecipada, embora possua o caráter de provisoriedade, tem, por característica principal, a satisfação antecipada, no todo ou em parte, da pretensão formulada pelo Autor.⁸

Além disso, diferentemente, do que ocorria no Sistema anterior, do Código de Processo Civil - CPC/73, não há mais a possibilidade de Processo Cautelar Autônomo. As Tutelas Provisórias de Urgência, Antecipada ou Cautelar poderão ser requeridas, em caráter antecedente; condicionando o curso do Processo principal, dentro dos mesmos Autos do pedido de Tutela, realizada em caráter antecedente.⁹

Em que pese na atual sistemática do Código de Processo Civil, o Processo Cautelar Autônomo tenha desaparecido, o atual Diploma Legal trouxe um rol exemplificativo de Medidas Cautelares, que podem ser adotadas, para a efetivação da Tutela Provisória de Urgência Cautelar; trazendo ao tecido legal do atual Códex, medidas, como o sequestro, o arresto, o arrolamento de bens; bem como, quaisquer outras medidas.¹⁰

⁴ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil, Volume 1: Teoria Geral e Processo de Conhecimento (1ª Parte)**. 15. Ed., Editora Saraiva Educação, São Paulo: 2018. p 321.

⁵ BRASIL. Lei 13.105. Op. Cit., Artigo 294 e § único. nota 4.

⁶ BRASIL. Lei 13.105. Op. Cit., nota 4.

⁷ GONÇALVES, Op. Cit., página 327, nota 5.

⁸ Ibid., página 327.

⁹ GONÇALVES, Op. Cit., página 329, nota 5.

¹⁰ BRASIL. Lei 13.105. Op. Cit., artigos 301. nota 4.

Art. 301. A Tutela de Urgência, de natureza cautelar, pode ser efetivada, mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para a asseguuração do direito.¹¹ (Grifo nosso)

Porquanto, as Medidas Acauteladoras, mencionadas acima, podem ser concedidas, no bojo do Processo principal, em caráter incidental; ou, em caráter antecedente; hipótese em que se observará o procedimento esculpido, no texto legal, dos Artigos 305 a 310, do Novo CPC.

Depreende-se do novo Códex Processual, que o Legislador tratou, de forma diferenciada, os procedimentos das Tutelas Provisórias de Urgência, Cautelar, Art. 305 a 310 do CPC/15; - e, Antecipada, Art. 303 e 304 do CPC/15; - requeridas, em caráter antecedente.¹²

A possibilidade de concessão ou não das Tutelas Provisórias decorre do Poder Geral de Cautela, conferido ao Juiz; que, na busca em preservar a satisfação do direito almejado, liminarmente, antecipa, no todo ou em parte, o pedido final; podendo, na impossibilidade de antecipação do direito pleiteado, determinar Medidas Cautelares, que garantam e preservem o pleito, até decisão final.

Acerca dos requisitos para a concessão da Tutela Provisória de Urgência, cumpre trazer ao presente Trabalho, as riquíssimas lições de Fredie Didier Jr., o qual explora, profundamente, o tema, em sua obra Curso de Direito Processual Civil.¹³

Quanto ao primeiro requisito, o qual consiste na probabilidade do direito a ser, provisoriamente, satisfeito/realizado ou acautelado, é a plausibilidade de existência desse mesmo direito. O bem conhecido *fumus boni iuris* (ou fumaça do bom direito).

Probabilidade do direito

A probabilidade do direito a ser, provisoriamente, satisfeito/realizado ou acautelado é a plausibilidade de existência desse mesmo direito. O bem conhecido *fumus boni iuris* (ou fumaça do bom direito).

O Magistrado precisa avaliar, se há elementos que evidenciem a probabilidade de ter acontecido o que foi narrado e quais as chances de êxito do demandante (Art. 300, CPC).

Inicialmente, é necessária a **verossimilhança fática**, com a constatação de que há um considerável grau de plausibilidade em torno da narrativa dos fatos, trazida pelo Autor. É preciso que se visualize, nessa narrativa, uma verdade provável sobre os fatos; independentemente, da produção de prova.

¹¹ BRASIL. Lei 13.105. Op. Cit., artigos 301. nota 4.

¹² BRASIL. Lei 13.105. Op. Cit., artigos 303 a 310. nota 4.

¹³ JUNIOR, Fredie Didier. **Curso de Direito Processual Civil**. 13. Ed., Editora Jus Podivm, Salvador: 2016. página 608.

Junto a isso, deve haver uma plausibilidade jurídica, com a verificação de que é provável a subsunção dos fatos à Norma invocada; conduzindo aos efeitos pretendidos.¹⁴ (Grifo nosso)

Frente aos esclarecimentos, trazidos pelo respeitoso Doutrinador, mencionados acima, para que se reste demonstrado o *fumus boi iuris*; ou seja, a probabilidade do direito invocado, faz-se necessária a comprovação de dois requisitos. Primeiramente, a verossimilhança fática, a qual busca demonstrar, em juízo de cognição sumária, que os fatos narrados, pelo Autor, possuem verdadeiro grau de plausibilidade de terem ocorrido; segundo, a verossimilhança jurídica; demonstrando a subsunção dos fatos narrados à regra invocada.¹⁵

Já, o segundo requisito consiste na probabilidade de dano irreparável ou de difícil reparação; o famoso *periculum in mora*. (Ou, perigo de dano ou risco ao resultado útil do Processo).¹⁶

Perigo da demora

A Tutela Provisória de Urgência pressupõe, também, a existência de elementos, que evidenciem o perigo que a demora no oferecimento da prestação jurisdicional (*periculum in mora*) representa para a efetividade da Jurisdição e a eficaz realização do Direito.

O perigo da demora é definido, pelo Legislador, como o perigo que a demora processual representa de “*dano ou o risco ao resultado útil do Processo*” (Art. 300, CPC). A redação é ruim. Nem sempre, há necessidade de risco de dano (Art. 497, Par. Ún., CPC); muito menos, a Tutela de Urgência serve para resguardar o resultado útil do Processo – na verdade, como examinado, a Tutela serve para tutelar o próprio direito material. Mais simples e correto compreender o disposto no Art. 300, como “perigo da demora”.

Importante é registrar que o que justifica a Tutela Provisória de Urgência é aquele perigo de dano: i) concreto (certo), e, não, hipotético ou eventual, decorrente de mero temor subjetivo da parte; ii) atual, que está na iminência de ocorrer, ou, esteja acontecendo; e, enfim, iii) grave, que seja de grande ou média intensidade e tenha aptidão para prejudicar ou impedir a fruição do Direito.

Além de tudo, o dano deve ser irreparável ou de difícil reparação.

Dano irreparável é aquele cujas consequências são irreversíveis. (...)

Dano de difícil reparação é aquele que, provavelmente, não será ressarcido; seja porque as condições financeiras do Réu autorizam supor que não será compensado ou restabelecido; seja, porque, por sua própria natureza, é complexa a sua

¹⁴ Ibid.

¹⁵ JUNIOR. Op. Cit., página 609. nota 14.

¹⁶ BRASIL. Lei 13.105. Op. Cit., artigo 300. nota 4.

individualização ou quantificação precisa – ex. dano decorrente de desvio de clientela.

Enfim, o deferimento da Tutela Provisória, somente, justifica-se, quando não for possível aguardar pelo término do Processo, para entregar a Tutela Jurisdicional, porque a demora do Processo pode causar à parte um dano irreversível ou de difícil reversibilidade.¹⁷ (Grifo nosso)

Conforme bem dispõe o respeitável Doutrinador, assistido de completa técnica jurídica, o segundo requisito, consistente em perigo de dano ou risco ao resultado útil do Processo, deve ser entendido, apenas, como **“perigo da demora”**; posto que, o que se busca resguardar, tanto na Tutela, de natureza cautelar, quanto, na de natureza antecipada, é o direito material almejado.¹⁸

Além disso, o perigo de dano deve ser concreto (certo) e não eventual; baseado em achismo, subjetivismo do Autor; atual; isto é, na iminência de acontecer, ou, que esteja acontecendo; grave, que tenha aptidão para prejudicar ou impedir a fruição de um direito. Ademais, o dano deve ser irreparável ou de difícil reparação; irreparável é o dano irreversível, e, dano de difícil reparação, aquele que, certamente, não poderá ser reparado.¹⁹

O novo Diploma Processual Civil manteve, em seu texto legal, o Princípio da Fungibilidade; podendo o Juiz, ao entender que não seja hipótese de aplicação da Tutela, na forma pleiteada, seja ela Cautelar ou Antecipada, Antecedente ou Incidental, determinar aquela que melhor se amolda ao caso concreto; e, que as provas nos Autos permitam.²⁰

Indubitavelmente, o novo Diploma Processual, seguindo a linha jurisprudencial e doutrinária, unificou as Tutelas Cautelares e Antecipadas, dentro de um único Instituto, o da Tutela Provisória; porém, burocratizou, ao prever dois procedimentos distintos para o requerimento das referidas Tutelas, em caráter antecedente.

Dentro do Instituto da Tutela Provisória, porém, não fundada, na urgência; mas, na evidência, o Legislador teceu, no atual Códex, a Tutela de Evidência, a qual permite ao Juiz, que antecipe uma medida satisfativa; transferindo para o Réu o ônus da demora.²¹

O Juízo concederá a Tutela Provisória de Evidência, sempre, que se verificar, independentemente, da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do Processo, a existência de:

¹⁷ JUNIOR. Op. Cit., página 609. nota 14.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ JUNIOR. Op. Cit., página 609. nota 14.

²⁰ BRASIL. Lei 13.105. Op. Cit., nota 4.

²¹ GONÇALVES, Op. Cit., página 350, nota 5.

Abuso do Direito de Defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; as alegações de fato puderem ser comprovadas, apenas, documentalmente; e, houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito e a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do Autor, a que o Réu não oponha prova, capaz de gerar dúvida razoável”²²

Embora provisória, havendo situação de evidência, demonstrada pelas hipóteses dos Incisos do Artigo 311 do CPC/15, o Juiz poderá conceder a Tutela pretendida; a qual será, sempre, satisfativa. “A Tutela de Evidência não pressupõe a existência de perigo de dano ou risco ao resultado útil do Processo; razão pela qual não faz sentido que a Tutela possa ter natureza, meramente, acautelatória, de proteção.”²³ Motivo pelo qual, só poderá ter caráter de Tutela Antecipada, de natureza satisfativa; nunca, de natureza cautelar.²⁴

Em suma, não nos restam dúvidas acerca das inovações, trazidas pelo Novo Códex Processual, no Instituto da Tutela Provisória; porém, cabe-nos tecer comentários sobre o tema em questão; e, buscar demonstrar a aplicabilidade dessas inovações, na Lei de Improbidade Administrativa.

3 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: Lei nº 8.429/92 e as Medidas Cautelares.

Ab initio, a redemocratização do Brasil fez nascer uma Constituição Cidadã, recheada de Direitos e Garantias Fundamentais, os quais, embora abstratos, devem ser resguardados.

Na busca pela defesa dos Direitos e Garantias Fundamentais, esculpidos no Texto Constitucional, **viu-se necessária a criação de meios de proteção dos recursos públicos; os quais são utilizados para a efetivação de Políticas Públicas, que garantam a consecução dos referidos Direitos e Garantias, tecidos na Carta da República.**

Posto isso, o Constituinte originário cuidou em tratar da Improbidade Administrativa, no Texto Constitucional, no §4º do Artigo 37:

Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos Direitos Políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o

²² BRASIL. Lei 13.105. Op. Cit., artigo 311. Nota 4.

²³ GONÇALVES, Op. Cit., página 350, nota 5.

²⁴ Ibid.

ressarcimento ao Erário, na forma e gradação previstas em Lei, sem prejuízo da ação penal cabível.²⁵

Resta-nos claro que, para a aplicabilidade das sanções, previstas no §4º do Artigo 37 da CF/88, fazia-se necessária a edição de Normativa Infraconstitucional Regulamentadora; a atual “Lei de Improbidade Administrativa”²⁶, posto que a Norma Constitucional possui eficácia limitada; dependendo, portanto, de regulamentação, por meio de Lei.

Conforme Dirley da Cunha Jr., o ato de improbidade administrativa é aquele que, à custa da Administração Pública e do interesse público, importa em enriquecimento ilícito (Art.9º); que causa prejuízo ao Erário (Art. 10); e, que atenta contra os Princípios da Administração Pública (Art. 11).²⁷

A Lei de Improbidade Administrativa possui abrangência nacional e se aplica a todas as Entidades Políticas. Ademais, cuidou-se em definir, nos termos dos Artigos 1º ao 3º, os Sujeitos, ativo e passivo, do ato de improbidade; bem como, definiu-se, nos Artigos 9º, 10 e 11, os atos ímprobos; os quais, quando praticados, sujeitam-se à aplicabilidade das sanções, previstas no Artigo 12; e, dispôs ainda, no Artigo 17, acerca da Ação Judicial cabível, pela prática de improbidade.²⁸

A prática do ato ímprobo atribui ao seu resultado danoso um fator subjetivo psíquico, que atrela o agente e o seu agir; não sendo suficiente, apenas, a demonstração da conduta, comissiva ou omissiva, do agente e o consequente dano; ambos ligados por um nexo de causalidade; é indispensável que o agente tenha agido, dolosamente, na prática de atos, os quais resultem em enriquecimento ilícito; e, que afronta aos Princípios Administrativos; e, reste-se demonstrado o elemento anímico culpa, para os atos que causem prejuízo ao Erário.²⁹

Incorrendo o agente, na prática de atos ímprobos, o Juiz, na fixação das penas, previstas na Lei 8.429/92, analisará a extensão do dano causado; assim como, o proveito patrimonial, obtido pelo agente.³⁰

²⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acessado em: 10 de março de 2019.

²⁶ BRASIL, Lei 8.429 de 02 de junho de 1992. **Lei de Improbidade Administrativa**. Brasília, 02 de junho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acessado em: 10 de março de 2019.

²⁷ JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed., Editora JusPodivm, Salvador: 2015. página 590.

²⁸ BRASIL, Lei 8.429/92. Op. Cit., Acessado em: 10 de março de 2019. nota 27.

²⁹ BRASIL, Lei 8.429/92. Op. Cit., Acessado em: 10 de março de 2019. artigos 9º, 10 e 11. nota 27.

³⁰ JÚNIOR. Op. Cit., página 599. nota 28.

A Lei 8.429/92 trouxe, em seu tecido legal, notadamente, no Artigo 12, as sanções aplicáveis, pela prática de atos ímprobos; as quais podem ser o ressarcimento integral do dano; perda da função pública; suspensão dos Direitos Políticos; pagamento de multa civil e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.³¹

A Ação Judicial que visa à aplicação das sanções, previstas no Artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa, nos termos do Artigo 17 da Lei 8.429/92, possui natureza de Ação Civil Pública; e, seguirá o rito do procedimento comum; podendo ser intentada pelo Ministério Público, ou, pela Pessoa Jurídica interessada; sendo vedada a transação, acordo ou conciliação.³²

É de suma importância esclarecermos que a Ação de Improbidade prescreve, em cinco anos, após o término do exercício de Mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança. Porém, as ações, que buscam o ressarcimento ao Erário, por danos causados por Agente Público são imprescritíveis, conforme dispõe o §5º do Artigo 37, da Constituição Federal.³³

Diante disso, considerando o espaço que nos é pouco, passemos à análise dos efeitos da Tutela Provisória de Urgência, em suas diversas formas; nas Cautelares, previstas na Lei de Improbidade Administrativa, nas quais, aplica-se, subsidiariamente, o Código de Processo Civil.

³¹ BRASIL, Lei 8.429/92. Op. Cit., Acessado em: 10 de março de 2019. nota 24. Artigo 12. - Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na Legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade, sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas, isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: I - na hipótese do Art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos, ilicitamente, ao patrimônio; ressarcimento integral do dano, quando houver; perda da função pública; suspensão dos Direitos Políticos, de oito a dez anos; pagamento de multa civil, de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial; e, proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente; ainda que, por intermédio de Pessoa Jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos; II - na hipótese do Art. 10, ressarcimento integral do dano; perda dos bens ou valores acrescidos, ilicitamente, ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública; suspensão dos Direitos Políticos, de cinco a oito anos; pagamento de multa civil, de até duas vezes o valor do dano; e, proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente; ainda que por intermédio de Pessoa Jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos; III - na hipótese do Art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver; perda da função pública; suspensão dos Direitos Políticos, de três a cinco anos; pagamento de multa civil, de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo Agente; e, proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente; ainda que por intermédio de Pessoa Jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos. IV - na hipótese, prevista no Art. 10-A, perda da função pública; suspensão dos Direitos Políticos, de 5 (cinco) a 8 (oito) anos e multa civil, de até 3 (três) vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido. Parágrafo Único. Na fixação das penas, previstas nesta Lei, o Juiz levará em conta a extensão do dano causado; assim como, o proveito patrimonial, obtido pelo Agente.

³² JÚNIOR. Op. Cit., página 600. nota 28.

³³ JÚNIOR. Op. Cit., página 601. nota 28.

4 A APLICABILIDADE E OS EFEITOS DAS TUTELAS PROVISÓRIAS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NAS CAUTELARES DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - LIA: Indisponibilidade de bens; sequestro de bens; afastamento temporário do Agente Público, no exercício do cargo.

Indubitável é a aplicabilidade subsidiária do Código de Processo Civil à Lei de Improbidade Administrativa, sempre, que esta for silente; ou, abordar matéria, de forma insuficiente. Isso porque o CPC/15 é uma Norma geral; ao passo que a LIA é uma Norma, de natureza especial, que busca tratar, especificamente, de determinado assunto; qual seja, a busca pela proteção dos recursos públicos.

O que se almeja nas Ações de Improbidade Administrativa, assim como em quaisquer outras, é satisfação do direito material; isto é, o retorno dos recursos públicos ao Erário, que tiveram destinação ilícita, pela prática de atos ímprobos.³⁴

Porém, a morosidade processual tem impedido que o objetivo seja alcançado; assim, mesmo havendo uma sentença favorável, ela se torna ineficaz; visto que o direito material almejado, nas Ações de Improbidade, é, antes de tudo, o ressarcimento ao Erário; o qual não ocorrerá, devido à dilapidação patrimonial, pelo Sujeito ativo do ato ímprobo, caso se aguarde a Tutela Jurisdicional final.

Diante disso, a aplicação das Tutelas Provisórias, nas Ações de Improbidade Administrativa, tem se tornado uma realidade comum; e, de suma importância, a fim de acautelar o direito material almejado.

As Medidas Cautelares aplicáveis, conforme determina a Doutrina majoritária, são três: 1º A indisponibilidade de bens, prevista no Artigo 7º da LIA; 2º O sequestro de bens, tratado no Artigo 16 da LIA; e, 3º O afastamento temporário do Agente Público do exercício do cargo, conforme possibilita o Parágrafo Único, do Artigo 20 da LIA.³⁵

³⁴ JUNIOR, Luiz Manoel Gomes. Batista, Thiago Buchi. **A Tutela Provisória do Novo Código de Processo Civil e sua Aplicação na Ação de Improbidade Administrativa**. Revista de Processo, artigo jurídico. Postado: 14.12.2016. Disponível em:

<http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produto/s/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.260.05.PDF> Acessado em 12 de março de 2019.

³⁵ BRASIL, Lei 8.429/92. Op. Cit., Acessado em: 10 de março de 2019. Artigo 7º - Quando o ato de improbidade causar lesão ao Patrimônio Público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá à Autoridade Administrativa, responsável pelo inquérito, representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado. 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 sequestro dos bens do Agente ou Terceiro, que tenha enriquecido, ilicitamente; ou, causado dano ao Patrimônio Público. Art. 20. A

Previsto no Artigo 7º da LIA, a **indisponibilidade de bens** é cabível, nas hipóteses de improbidade administrativa, pela prática de atos, que ensejem enriquecimento ilícito; bem como, naquelas que causem prejuízo ao Erário ou ao Patrimônio Público; recaindo sobre bens suficientes, que garantam o ressarcimento aos Cofres Públicos; ou, sobre o acréscimo patrimonial constituído, de forma ilícita.

A Medida Cautelar, em apreço, não possui o condão sancionatório; mas, de reparação aos Cofres Públicos; motivo pelo qual se aproxima da Teoria da Responsabilidade Civil; assumindo um efeito de reparação de danos; e, buscando restituir ao estado anterior.

A Cautelar de Indisponibilidade de Bens resulta no impedimento na transmissão de domínio do bem, seja ele móvel ou imóvel, bem como impede movimentações financeiras, buscando acautelar o patrimônio para garantir a eficácia da sentença em caso de condenação que determine o ressarcimento ao erário.

Posto isso, a inalienabilidade dos bens se formaliza, com a sua inscrição no respectivo registro; sendo que, poderá o Agente, que praticou o ato ímprobo, permanecer na posse do bem; desde que não haja dilapidação; hipótese em que o Juiz poderá se valer da medida de sequestro, a fim de apreender o bem e mantê-lo acautelado até a decisão final.

Já, o sequestro patrimonial é utilizado, sempre, que haja provas dentro dos Autos, as quais demonstrem a dilapidação do patrimônio declarado indisponível; assim, com o fito de garantir de que exista patrimônio, ao final, sequestra-se o bem; garantindo a sua integridade.

É importante destacar que, o sequestro não inclui, em seu pedido, apenas, o bloqueio de bens; recaindo, também, sobre contas bancárias e aplicações financeiras, mantidas pelo indiciado, no exterior, conforme previsto no § 2.º do Art. 16. A essa situação, considera-se a possibilidade do bloqueio de Ativos nacionais, vez que não haveria sentido em se admitir o bloqueio, no exterior, como uma medida mais complexa; e, não admitir o bloqueio de Ativos, no Brasil, como medida mais simples.³⁶

No que tange ao **afastamento do Agente do cargo, função ou emprego**, previsto no Artigo 20 da LIA, cumpre destacar que tal medida é o ponto de interferência do Poder

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. nota 27.

³⁶ BRASIL, Lei 8.429/92. Op. Cit., Acessado em: 10 de março de 2019. Artigo 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 sequestro dos bens do Agente ou Terceiro que tenha enriquecido, ilicitamente, ou, causado dano ao Patrimônio Público. § 1º O pedido de sequestro será processado de acordo com o disposto nos Arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil.

Judiciário nos demais Poderes; com o escopo de proteger o andamento do Processo de possíveis interferências, que possam prejudicar a colheita de provas, a fim de se constatar a prática do ato de improbidade administrativa.

Cumpra destacar, ainda, que concretizado o afastamento do Agente do cargo, quando seja eletivo, faz-se necessário sopesar o tempo dos efeitos da medida; considerando os fatos e a intensidade da interferência do Agente; não podendo ser o afastamento extenso, a ponto de ensejar a perda do mandato eletivo; e, tampouco, exíguo, a fim de permitir a interferência contínua do Agente, no Processo.

Destarte, o STJ tem firmado entendimento de que o afastamento não poderá ser superior ao prazo de 180 (cento e oitenta) dias; considerando que a aplicação de afastamento superior a esse período, importaria em cassação indireta do mandato.

Cumpra destacar, também, em uma análise sistemática da Lei de Improbidade Administrativa, além das Medidas Cautelares, mencionadas acima, devido ao Poder Geral de Cautela, conferido ao Juiz; e, com base no CPC/73, poder-se-ia fazer uso das Medidas Cautelares de Arresto, Busca e Apreensão, Produção Antecipada de Provas, entre várias outras.

Outrossim, com o advento do novo Diploma Processual, embora os procedimentos cautelares tenham sido extintos, a Tutela de Urgência, quando requerida, em caráter cautelar, por força do Artigo 301 do NCPC, pode se efetivar, por meio das citadas Medidas, dispostas acima.³⁷

Dessa forma, é de suma importância frisar, com base no Artigo 301 do Código de Processo Civil, que, para a efetivação das Medidas Cautelares, previstas na LIA, o Magistrado, amparado pelo Poder Geral de Cautela, poderá lançar mão das medidas de “arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para assecuração do direito”³⁸.

Além do disposto, devemos destacar que, para a efetivação das Medidas Cautelares, previstas na LIA, deverão restar preenchidos os requisitos para a concessão das Tutelas Provisórias de Urgência; quais sejam, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, os quais já foram mencionados alhures; e, analisados, com o amparo das riquíssimas lições de Fredie Didier Junior.

³⁷ BRASIL. Lei 13.105. Op. Cit., Art. 301. A Tutela de Urgência, de natureza cautelar, pode ser efetivada, mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para assecuração do direito. Nota 4.

³⁸ Ibid.

Porém, considerando os Princípios, que formam os pilares, que sustentam a Administração Pública, da **supremacia do interesse público e indisponibilidade dos bens públicos**, a concessão das Tutelas Provisórias de Urgência, determinando a aplicação das medidas, previstas na LIA, tornaram-se uma realidade constante.³⁹

Percebe-se que, na maioria das vezes, havendo fundado receio de prática dos atos de improbidade, na dúvida, aplicam-se as medidas; *data vênia*, discordamos da atuação do Poder Judiciário, uma vez que se faz necessário o preenchimento dos requisitos, trazidos alhures.

O perigo de dano deve ser concreto; não subjetivo e oriundo de um medo infundado de dilapidação patrimonial. Dessa forma, antes de se decretar a indisponibilidade patrimonial; bem como, o sequestro, é essencial a existência de provas, que demonstrem que o Autor do ato improbo esteja dilapidando o Patrimônio.

Além disso, é de suma importância destacar que, para a decretação de afastamento temporário do cargo, faz-se necessário analisar o nível de influência que o Agente possui, no Departamento Público; e, a possibilidade de acarretar prejuízo à Instrução Processual.

Devemos destacar, ainda, que o afastamento do Agente será remunerado; motivo pelo qual, algumas medidas alternativas poderiam ser adotadas; como a sua transferência para um outro Setor, que não lhe permita acesso e poder de comando; por consequência, impossibilite-o de interferência, nas investigações e na Instrução Processual.

No que tange à Tutela de Evidência, prevista no novo Diploma Processual, em seu Artigo 311; sendo que, a sua concessão independe da demonstração de perigo de dano ou risco ao resultado útil do Processo, em face de sua demora.⁴⁰

Nessa esteira, cumpre destacar que o Direito se encontra de tamanha evidência, que inexistente preocupação com a morosidade do processo; bem como, se há ou não dilapidação patrimonial; que acarretaram prejuízos às partes.

Assim, desnecessário que o Requerente cogite o elemento perigo *in mora*; sendo necessária, apenas, a clareza da existência do Direito (*fumus boni iuris*); ou seja, a presença da

³⁹ BRASIL, Lei 8.429/92. Op. Cit., Acessado em: 10 de março de 2019.

⁴⁰ BRASIL. Lei 13.105. Op. Cit., Art. 311. A Tutela da Evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do Processo, quando: I - ficar caracterizado o abuso do Direito de Defesa ou o manifesto o propósito protelatório da parte; II - as alegações de fato puderem ser comprovadas, apenas, documentalmente; e, houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito; caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa; IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do Autor, a que o Réu não oponha prova, capaz de gerar dúvida razoável. Parágrafo Único. Nas hipóteses dos Incisos II e III, o Juiz poderá decidir, liminarmente.

verossimilhança fática, demonstrada pela realidade dos fatos, frente às provas; e, a verossimilhança jurídica, consubstanciada na subsunção do caso à Norma invocada.⁴¹

Conforme restou demonstrado acima, a ação de improbidade administrativa muito tem se utilizado das Medidas Cautelares e Tutelas Antecipadas; fazendo remissão ao antigo Código de Processo Civil de 1973; motivo pelo qual nos faz apontar alguns reflexos, após a conclusão do novo Código de Processo Civil, já em vigência.

Posto isso, devemos verificar a aplicação da Tutela de Urgência, de natureza satisfativa, nas ações de improbidade administrativa, que é, plenamente, possível, segundo a Doutrina majoritária, quando se tratar decisões, de natureza constitutiva e mandamental.⁴²

Conquanto, de acordo com o novo Código de Processo Civil de 2015, para a concessão da Tutela Provisória de Urgência, de natureza antecipada, faz-se necessário, apenas, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*; diferentemente, do que exigia o Código de 1973, o qual era mais criterioso.

Dessa forma, tal situação gera certa preocupação no que diz respeito à aplicação irresponsável da LIA; resultando em danos ao Réu; que, injustamente, sofreu com os efeitos da Tutela Antecipada; e, posteriormente, teve uma decisão final favorável.

Nessa esteira, indubitável é que o Magistrado, ao decidir as Cautelares da LIA, não poderá se valer, **apenas, dos requisitos**, previstos no Códex Processual vigente; devendo, obrigatoriamente, valer-se daqueles do Poder Geral de Cautela.

A vasta Doutrina especialista trata, com louvor, a temática; exemplificando os requisitos do ***Poder Geral de Cautela***, que deverá fazer uso o Magistrado, quando da prolação da decisão.

A teor do Art. 7º. da LIA, a Medida Cautelar de Bloqueio dos Bens do indiciado (Cautelar Patrimonial) pode ser decretada, nos casos de lesão ao Patrimônio Público (Art. 9º. da LIA) e de enriquecimento ilícito (Art. 10 da LIA); não estando prevista, portanto, para o caso de ofensa aos Princípios da Administração Pública (Art. 11 da LIA); mas deve ser reiterado que a sua legitimidade **depende sempre da presença da aparência de bom direito (plausibilidade de êxito da ação de improbidade); e, cumulativamente, da**

⁴¹ JUNIOR. Op. Cit., página 609. nota 14.

⁴² JUNIOR, Luiz Manoel Gomes. Batista, Thiago Buchi. **A Tutela Provisória do novo Código de Processo Civil e sua aplicação na Ação de Improbidade Administrativa**. Revista de Processo, artigo jurídico. Postado: 14.12.2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produto_s/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.260.05.PDF> Acessado em 12 de março de 2019.

demonstração de perigo concreto de ato lesivo, na demora natural da solução da lide, devidamente, explicitados com base em elementos confiáveis e seguros, de acordo com a Doutrina consagrada das Medidas Cautelares.

O deferimento da indisponibilidade de bens do indiciado (Art. 7º. da LIA), antes de concluído o processo de apuração do ilícito, não deve ser praticado à mão larga, sob o impacto do pedido do Ministério Público ou da Entidade Pública, que, alegadamente, tenha sofrido a lesão ou dano – ainda que de monta – ou, sob a pressão da mídia, para aplacar a sede de vingança ou de resposta, que a sociedade, justamente, exige; mas, há de se pautar na verificação criteriosa da sua necessidade; essa necessidade se demonstra, por exemplo, com a comprovação de que o indiciado se apresta a alienar (ou, a simular alienar) o seu patrimônio ou parte dele, a onerar-se (ou, a simular onerar-se) com dívidas súbitas ou extraordinárias, a transferir (ou, tentar transferir) a titularidade ou o domínio de bens, além de outras iniciativas, que denotem a intenção de desfazer-se de patrimônios ou frustrar ulteriores ressarcimentos de prejuízos.⁴³ (Grifo nosso)

Ademais, a Jurisprudência, consolidada pelo STJ, é clara acerca da nulidade das decisões, que não levem em consideração os requisitos para o exercício do Poder Geral de Cautela.

Ação de Improbidade Administrativa. Liminar de indisponibilidade de bens. Requisitos. *Fumus boni juris* e *periculum in mora*.

1. O fato de ser admitida a petição inicial da ação de improbidade não gera a presunção de que o Réu irá desviar ou dilapidar seu patrimônio, a ponto de dispensar a necessária configuração do *periculum in mora* para o deferimento do pedido liminar de indisponibilidade de bens.

2. Acórdão que entendeu desnecessária a análise acerca do *periculum in mora* para a concessão da liminar é nulo.

3. Recurso especial, provido, em parte, para anular a decisão e determinar o retorno dos Autos ao Tribunal *a quo*, para que realize novo julgamento.⁴⁴ – (Grifo nosso)

Assim, não nos restam dúvidas acerca da aplicabilidade das Tutelas Provisórias do novo CPC à Lei de Improbidade Administrativa; porém, destacamos pontos positivos e negativos. Considerando que tal possibilidade se atribui ao Poder Geral de Cautela, conferido ao Juízo, é de suma importância uma análise metódica, por parte do Julgador; determinando Medidas Assecuratórias e Satisfativas. No entanto, tal procedimento poderá ser realizado,

⁴³ FILHO, Napoleão Nunes Maia. **Breves Estudos Tópicos de Direito Sancionador**, Fortaleza, Curumim, 2011, pp.181/182.

⁴⁴ REsp. nº. 905.035/SC, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJU 18.9.2007.

desde que não afete os Direitos e as Garantias Individuais dos Réus; e, não se criem empecilhos, em relação ao ressarcimento ao Erário.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS: Poder Geral de Cautela, uma responsabilidade.

O Poder Geral de Cautela do Juízo, considerando a atual sistemática do Código de Processo Civil, frente aos impactos, acarretados à Lei de Improbidade Administrativa; notadamente, no que tange às Tutelas Provisórias, é o melhor artifício, com o fito de se evitarem violações aos Direitos, constitucionalmente, previstos.

Percebe-se que as alterações, trazidas pelo atual Código de Processo Civil, no que se refere às Tutelas Provisórias de Urgência, constituíram uma melhor compreensão ao Instituto; facilitando, portanto, o seu manejo. Porém, a exigência de menos critérios, no que tange à Tutela Antecipada, deixa-nos receosos, quanto à sua aplicabilidade, na LIA.

Portanto, conforme já mencionado, o Juízo, ao decidir sobre a Tutela Provisória de Urgência, deverá, ao se valer do Poder Geral de Cautela, analisar as circunstâncias fáticas, os riscos e perigos; não se valendo, apenas, de uma presunção temerária; mas, de provas, as quais demonstrem as circunstâncias fáticas.

Verifica-se, ainda, que o Ordenamento Brasileiro tem muito a avançar; mormente, no que tange à fixação de Jurisprudência, que norteie e ajude os Magistrados, em suas atuações, frente ao Poder Geral de Cautela; bem como, no que tange à Doutrina; fixando teses a serem seguidas, que evitem o solipsismo dos Juízes; e, garantam o respeito aos Direitos e às Garantias Fundamentais.

THE EFFECTS OF THE PROVISIONAL GUARANTEE URGENCY OF THE NEW CIVIL PROCEDURE CODE IN THE ADMINISTRATIVE IMPROBIT LAW

ABSTRACT

Several changes have arisen with the advent of the new Civil Procedural Law, among which, the Provisional Protection of Urgency, suppressing precautionary procedures and creating the protection of evidence, however, special Legislation that use the Civil Process Code to carry out its measures precautionary measures such as the Administrative Improbability Act are having to conform to the applicability of the new Code, since some weakened criteria, such as that of early protection. We must always rely on the General Power of Caution in order to safeguard constitutional rights.

Keywords: General Power of Caution; Temporary Guardianship of Urgency; New CPC; Administrative dishonesty.

REFERÊNCIAS

Obras

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil, Volume 1: Teoria Geral e Processo de Conhecimento (1ª Parte)**. 15. Ed., Editora Saraiva Educação, São Paulo: 2018.

JUNIOR, Fredie Didier. **Curso de Direito Processual Civil**. 13. Ed., Editora Jus Podivm, Salvador: 2016.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed., Editora JusPodivm, Salvador: 2015. página 590.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3. Ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo: 2013.

FILHO, Napoleão Nunes Maia. **Breves Estudos Tópicos de Direito Sancionador**, Fortaleza, Curumim, 2011, pp.181/182.

Artigos Jurídicos e Informativos

JUNIOR, Luiz Manoel Gomes. Batista, Thiago Buchi. **A Tutela Provisória do Novo Código de Processo Civil e sua Aplicação na Ação de Improbidade Administrativa**. Revista de Processo, artigo jurídico. Postado: 14.12.2016. Disponível em:
<http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.260.05.PDF> Acessado em 12 de março de 2019.

Legislação

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>.

BRASIL. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>.

BRASIL, Lei 8.429 de 02 de junho de 1992. **Lei de Improbidade Administrativa**. Brasília, 02 de junho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>.