

Improbidade administrativa: a indisponibilidade de bens e a desnecessidade da prova de dilapidação

Autoria coletiva:

Procuradoria de Direitos Difusos e Coletivos

Procuradores de Justiça: Antônio Joaquim Fernandes Neto, Antônio Sérgio Rocha de Paula, César Antônio Cossi, Giovanni Mansur Solha Pantuzzo, Gisela Potério Santos Saldanha, Jacson Rafael Campomizzi, Luiz Carlos Teles de Castro, Nedens Ulisses Freire Vieira, Rodrigo Cançado Anaya Rojas, Shirley Fenzi Bertão

Tese apresentada por: Nedens Ulisses Freire Vieira

I Exposição dos fatos e dos fundamentos

Discute-se, nas ações de improbidade administrativa, se o deferimento do pedido liminar de indisponibilidade de bens exige ou não a prova de dilapidação.

O tema desperta controvérsia e, diante da relevância da medida para a efetividade do processo, passamos a analisar a questão.

Essa medida cautelar em caso de prática de ato de improbidade administrativa tem previsão constitucional:

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. (art. 37, § 4º, da CF, grifo nosso)

A Lei n.º 8.429/92 dividiu os atos de improbidade administrativa em três categorias: aqueles que importam enriquecimento ilícito (art. 9º), os que causam prejuízo ao erário (art. 10) e os que atentam contra os princípios da Administração Pública

(art. 11). Nas três hipóteses, a lei prevê, além de outras sanções, como cominação, o ressarcimento integral do dano e o pagamento de multa civil (equivalente a três vezes o acréscimo patrimonial, duas vezes o valor do dano e cem vezes a remuneração percebida pelo agente), sendo certo que, nos dois primeiros casos (arts. 9º e 10), a norma também prevê a perda de bens e de valores acrescidos ilicitamente (art. 12, I, II e III).

Da leitura atenta dos dispositivos citados, observa-se que a repercussão patrimonial do ilícito não está restrita ao ressarcimento integral, implicando também a perda do acréscimo recebido pelo agente e a imposição de multa civil de valor considerável.

Daí a providência, prevista no art. 16 da citada lei, de sequestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público, com o objetivo de assegurar o ressarcimento dos prejuízos, buscado na ação principal.

Essa providência cautelar deverá atingir todos os bens do autor do ilícito, mesmo os adquiridos anteriormente ao fato, pois, como bem lembra o magistério de Fábio Osório:

[...]

O que se deve garantir é o integral ressarcimento ao erário. Assim, o patrimônio do réu da ação de improbidade fica, desde logo, sujeito às restrições do art. 37, parágrafo 4º, da Magna Carta, pouco importando, nesse campo a origem lícita dos bens. Trata-se de execução patrimonial decorrente de dívida por ato ilícito. Prepondera, aqui, a análise do requisito da fumaça do bom direito. Se a pretensão do autor da “actio” se mostra plausível, calcada em elementos sólidos, com perspectiva concreta de procedência e imposição das sanções do art. 37, parágrafo 4º, da Carta Constitucional, a consequência jurídica adequada, desde logo, é a indisponibilidade patrimonial e posterior sequestro dos bens.¹⁵⁹

¹⁵⁹ OSÓRIO, Fábio. *Improbidade administrativa*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1998. p. 241.

Prova disso é que o § 2º do citado art. 16 autoriza, também, o pedido de investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas no exterior pelo indiciado, nos termos da lei e dos tratados internacionais. Daí a conclusão de que a preocupação do legislador é com o ressarcimento do dano antes que o agente público comece a dilapidar seu patrimônio.

O perigo da demora, portanto, na ação de improbidade administrativa, emerge “dos próprios termos da inicial, da gravidade dos fatos, do montante, em tese, dos prejuízos causados ao erário. A indisponibilidade patrimonial é medida obrigatória, pois traduz consequência do processamento da ação, forte no art. 37, § 4º, da Constituição Federal”, como conclui o autor já citado.¹⁶⁰

Essa medida, porém, não exige a prévia indicação dos bens. É preciso diferenciar as duas hipóteses de provimento acautelatório previstas na Lei n.º 8.429/92: na indisponibilidade (art. 7º), a constrição recai, de regra, sobre todo o patrimônio do atingido, e o proprietário mantém a posse de seus bens; no sequestro, implicando a individualização dos bens sujeitos à constrição judicial, tem-se medida mais drástica, por importar na apreensão desses bens.

A indisponibilidade recairá sobre tantos bens do patrimônio do réu quantos forem necessários para o integral ressarcimento do dano causado.

Desnecessária, portanto, a prova de que o réu esteja dilapidando o seu patrimônio. A lei não faz essa exigência.

Se há indícios aparentes, que possam expressar uma transgressão, o interesse público recomenda a sua averiguação, e, para tanto, deve ser acautelado, pela eficácia do processo.

No mesmo sentido inclinou-se a jurisprudência majoritária do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

DESNECESSIDADE DE NOTIFICAÇÃO PRÉVIA PARA FIM DE PEDIDO DE INDISPONIBILIDADE DE BENS EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

¹⁶⁰ OSÓRIO, Fábio. *Improbidade administrativa*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1998. p. 241.

INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DO MICROSSISTEMA PROCESSUAL DE TUTELA COLETIVA.

O microssistema de tutela processual coletiva (art. 7º da Lei n. 8.429/92 cumulado com o art. 12 da Lei n. 7.347/85), por força da relevância do direito tutelado conjugado com risco de grave lesão, admite e legitima, na hipótese de lesão ao patrimônio público, por quebra do dever de probidade administrativa, que o juiz, a requerimento do Ministério Público, adote, com intuito acautelatório, medida de indisponibilidade dos bens dos agentes públicos na ação civil pública por ato de improbidade administrativa, para assegurar, de modo adequado e eficaz, o integral e completo ressarcimento do dano em favor do erário, independentemente de justificação prévia. A garantia constitucional à liberdade dos bens cede à necessidade de garantia da efetividade das decisões jurisdicionais, principalmente em se tratando de hipóteses de improbidade administrativa, uma vez que o risco de prejuízo ao erário atinge não só a administração, como toda a coletividade, em face da sua natureza. Destarte, não há que se falar que a decisão recorrida é nula por mácula à regra do art. 17 da Lei n. 8.429/92, parágrafo 7º. O inquérito civil público não se confunde com o inquérito penal público, daí que não se pode aplicar àquele as regras deste. Ademais, a lei de improbidade administrativa não possui natureza jurídica de direito penal, por isso que suas sanções são administrativas, e não penais. Dado a esses aspectos, causa estranheza - por esdrúxula - a alegação de nulidade do ato investigatório formulado pelo Ministério Público no inquérito civil público. O inquérito civil é mera peça informativa, destinada apenas a colher elementos que venham a indicar a necessidade ou não de ajuizar ação civil pública. Não constitui prova exclusiva e inequívoca dos atos imputados aos investigandos, podendo ser questionado, amplamente, em juízo. Ademais, se admitida a tese dos recorrentes de que o Ministério Público não pode realizar ato investigatório na esfera civil, quem as realizaria? A Polícia Judiciária? Criar-se-ia, assim, uma nova competência para Polícia Judiciária: investigação de infrações administrativas e civis ligadas à improbidade. O que me parece um absurdo! A auto-executoriedade do inquérito civil público outorga ao Ministério Público o poder de realizar as diligências investigativas sem necessidade de recorrer ao Poder Judiciário. (AI n.º 1.0140.04.910578-0/001, Rel. Des. Maria Elza, DJ 11.03.2005)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - FRAUDE EM PROCESSO LICITATÓRIO - INDISPONIBILIDADE DE BENS - REQUISITOS. Estando presentes, pelo menos provisoriamente, o “fumus boni iuris” e o “periculum in mora”, requisitos indispensáveis à concessão da liminar, de modo a se caracterizar a plausibilidade aparente da pretensão aviada, revela-se prudente o seu deferimento, de modo a assegurar a efetividade da

prestação jurisdicional reclamada. (AI n.º 1.0280.08.026335-1/003, Rel. Des. Edílson Fernandes, *DJ* 24.07.2009)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. BLOQUEIO DE BENS. MEDIDA EXCEPCIONAL. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS. DEFERIMENTO.

Os fortes indícios de fraude no procedimento de licitação - apurados em regular investigação criminal - autorizam o bloqueio de bens do ordenador de despesas responsável pelo eventual prejuízo suportado pelo erário. A possibilidade de o réu criar meios para embaraçar eventual cumprimento da condenação justifica a decretação da indisponibilidade de bens. Recurso conhecido e provido. (AI n.º 1.0418.08.015013-3/001, Rel.^a Des.^a Albergaria Costa, *DJ* 14.08.2009)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE ASSESSORES FICTICIAMENTE. LESÃO AO ERÁRIO. LIMINAR.

-Se vereadores contratam ficticiamente assessores apropriando-se da maior parte de seus proventos causando dano ao erário, incensurável é a decisão que decreta a indisponibilidade de seus bens imóveis, bem como a quebra de seus sigilos financeiros e fiscais.

- Não possuindo alguns vereadores bens imóveis para responder pelos danos causados ao erário, necessário se torna a ampliação de referida indisponibilidade para que a mesma também recaia sobre seus bens móveis a fim de que a prestação jurisdicional de complete. (AI n.º 1.0342.04.052550-9/002, Rel. Des. Belizário de Lacerda, *DJ* 06.12.2007)

No mesmo sentido: TJMG – AI n.º 1.0016.04.035400-9/002, Rel. Des.

Edílson Fernandes, *DJ* 25.02.2005; AI n.º 1.0000.00.352837-9/000; AI

n.º 1.0518.03.055767-3/001, Rel. Des. Maria Elza, *DJ* 28.09.2004; AI n.º

1.0362.08.093751-3/001, Rel. Des. Mauro Soares de Freitas, *DJ* 11.08.2009; AI n.º

1.0411.08.037405-0/001, Rel. Des. Audebert Delage, *DJ* 20.08.2008; AI n.º

1.0352.07.039318-1/002, Rel. Des. Manuel Saramago, *DJ* 2.12.2008.

Há precedentes do Superior Tribunal de Justiça no mesmo sentido:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DOS BENS. DECRETAÇÃO. REQUISITOS. ART. 7º DA LEI 8.429/1992.

1. Cuidam os autos de Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público Federal no Estado do Maranhão contra a ora recorrida e outros,

em virtude de suposta improbidade administrativa em operações envolvendo recursos do Fundef e do Pnae.

2. A indisponibilidade dos bens é medida de cautela que visa a assegurar a indenização aos cofres públicos, sendo necessária, para respaldá-la, a existência de fortes indícios de responsabilidade na prática de ato de improbidade que cause dano ao Erário (*fumus boni iuris*).

3. Tal medida não está condicionada à comprovação de que os réus estejam dilapidando seu patrimônio, ou na iminência de fazê-lo, tendo em vista que o periculum in mora está implícito no comando legal. Precedente do STJ.

4. Recurso Especial provido. (REsp. n.º 1115452/MA, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 06.04.2010)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. DILAPIDAÇÃO DOS BENS. RECEIO DO JULGADOR. SÚMULA 7/STJ. INVIABILIDADE DO RECURSO ESPECIAL E DA CAUTELAR VINCULADA.

I - Para se aferir se presentes ou não as condições que permitiram a decretação da indisponibilidade de bens do requerente, inevitável seria o revolvimento do panorama probatório, o que é vedado a teor da Súmula 7 do Tribunal Superior.

II - 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, demonstra receio a que os bens sejam desviados dificultando eventual ressarcimento.

III - Neste panorama, para avaliar o baldrame em que foi esteiada a convicção do julgador pelo "receio" em desfavor da integridade de futura indenização, faz-se impositivo revolver os elementos utilizados para atingir o convencimento demonstrado, o que é insusceptível no âmbito do recurso especial, inviabilizando a cautelar vinculada a tal recurso.

IV - A indisponibilidade recairá sobre tantos bens quantos forem necessários ao ressarcimento do dano resultante do enriquecimento ilícito, ainda que adquiridos anteriormente ao suposto ato de improbidade. Também por este viés faz-se de rigor o exame do conjunto probatório para aquilatar tal incidência. Precedente: REsp n.º 401.536/MG, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJ de 06/02/2006, p. 198.

V - Agravo regimental improvido. (AgRg na MC 11139-SP, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, j. 14.03.2006 – grifo nosso)

ADMINISTRATIVO - RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - DANO AO ERÁRIO - DESVIO DE DINHEIRO PÚBLICO - EMISSÃO DE CHEQUE DA CÂMARA LEGISLATIVA À EMPRESA INEXISTENTE - MEDIDAS LIMINARES - PERICULUM IN MORA E FUMUS BONI IURIS.

1 - O provimento cautelar para indisponibilidade de bens, de que trata o 7º da Lei de Improbidade Administrativa, exige fortes indícios de responsabilidade do agente na consecução do ato ímprobo, em especial nas condutas que causem dano material ao Erário.

2 - Comprovados fatos que, em tese, são tipificados como atos de improbidade e de autoria calçada em fortes indícios, em avançada apuração, pode-se estabelecer um juízo de probabilidade que autoriza certas providências acautelatórias.

3 - Demonstrado e até apurado o quantitativo de dano ao erário, oriundos dos atos de improbidade, há em favor do autor das providências, o MP, fumus boni iuris.

4. Embora eventual, é provável a dilapidação patrimonial dos envolvidos nos fatos em apuração, restando evidenciada a circunstância do *periculum in mora*.

5. A indisponibilidade de bens e a busca e apreensão de documentos, como medidas cautelares, prescindem de contraditório antecedente.

6 - Recurso especial conhecido e provido em parte. (REsp. 1.134.638-MT, 2ª Turma, Rel.ª Min.ª Eliana Calmon, 27.10.2009) n.º j.

II Conclusão

Nas ações de improbidade administrativa, a indisponibilidade cautelar dos bens é medida obrigatória, de correndo de expressa dicção constitucional e legal, diante da presunção do “*periculum in mora*” do desvio de bens.