

A INEXIGIBILIDADE DO PERICULUM IN MORA EM SEDE DE CAUTELAR EM AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA¹THE UNENFORCEABILITY OF *PERICULUM IN MORA* OF CAUTIONARY HEADQUARTERS ADMINISTRATIVE MISCONDUCT ACTION**Valdemar Rodrigues Porto Junior**

Graduando do Curso de Direito das Faculdades Integradas Promove de Brasília

Resumo: a ação de improbidade administrativa é um instrumento utilizado no direito para correção de atos ímprobos, ilícitos, aplicados aos agentes públicos, servidor ou não. Esse instrumento é utilizado nos casos de lesão ao patrimônio público que ensejar enriquecimento ilícito, que auferir qualquer tipo de vantagem pessoal e os atos que atentam contra os princípios da administração pública. O grande problema encontrado nos dias atuais é a demonstração dos requisitos necessários para decretar a indisponibilidade dos bens das pessoas envolvidas nos atos que causaram lesão ao patrimônio público. O procedimento utilizado para decretar a indisponibilidade dos bens é chamado de medida cautelar. Tanto os doutrinadores como os tribunais divergem quantos os requisitos necessários para decretar a indisponibilidade dos bens. Boa parte da doutrina diz que são necessários de forma específica os requisitos *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, sendo que para outros o *periculum in mora* é presumido.

Palavras chave: improbidade administrativa; medida cautelar; *fumus boni iuris*; *periculum in mora*; indisponibilidade dos bens.

Abstract: the misconduct of administrative action and um instrument used for improbos paragraph correction law, illicit applied of public officials, or not server. And that instrument used in injury cases of public equity , that give rise embezzlement, obtaining any type of personal advantage and the acts that undermines the principles of public administration. The big problem found nowadays and the statement of requirements needed pair enact the unavailability of assets of those involved in acts that cause injury of public heritage. The procedure used to enact the unavailability of goods and called precautionary measure both scholars and the courts diverge of the requirements couple enact the unavailability of goods. Part of good teaching says it takes so specific requirements *prima fumus boni iuris* e o *periculum in mora* (facie case juris and *periculum in arrears*) is presumed.

Keywords: administrative misconduct; injunctive relief; *fumus boni iuris*; *periculum in mora*; unavailability goodsabstract.

Sumário: Introdução. 1. Improbidade administrativa. 1.1. Importância da defesa da probidade. 1.2. Natureza jurídica da ação. 2. Processo cautelar. 2.1. Procedimento. 2.2. Requisitos. 3. Ações cautelares no processo de improbidade administrativa. 3.1. Dos requisitos da cautelar nas ações de improbidade administrativa. 3.2. Da inexigibilidade do requisito do *periculum in mora* em sede de cautelar na ação de improbidade administrativa. Conclusão. Referências.

1 Artigo desenvolvido no âmbito das disciplinas *Direito Administrativo, Direito Processual Civil e Direito Constitucional*, sob a orientação da Prof^a. Benigna Araújo Teixeira, do Curso de Direito das Faculdades Integradas Promove de Brasília.

Introdução

A ação de improbidade administrativa é um instrumento utilizado no direito para correção de atos ímprobos, ilícitos, aplicados aos agentes públicos, servidor ou não. O grande problema encontrado nos dias atuais é a demonstração dos requisitos necessários para decretar a indisponibilidade dos bens das pessoas envolvidas nos atos que causaram lesão ao patrimônio público.

A realização dessa pesquisa é muito importante, pois ela minimizará os problemas enfrentados pelos operadores do direito, facilitará o andamento das ações judiciais, bem como será mais eficaz na prestação jurisdicional. O motivo da pesquisa se faz necessário, pois um dos maiores problemas enfrentados pelo Estado está relacionado ao ressarcimento ao erário, pois o estudo visa justamente a indisponibilidade dos bens do agente como medida urgente e eficaz para resguarda-lo num futuro ressarcimento.

Essa pesquisa será desenvolvida em pequenos capítulos tendo como resultado a efetividade da prestação jurisdicional nos processos que envolvam agentes públicos, servidor ou não nas ações de improbidade administrativa.

1. Improbidade administrativa

A Lei 8.429/1992, mais conhecida como a lei de improbidade administrativa é utilizada em nosso ordenamento jurídico para correção de atos ímprobos, ilícitos, aplicados aos agentes públicos, servidor ou não. Essa lei refere-se à probidade administrativa, ou seja, é uma forma de moralidade administrativa que mereceu destaque especial da Constituição Federal de 1988, no seu art. 37, § 4º.

A probidade administrativa consiste no dever de o funcionário servir a administração com honestidade, zelo e dedicação no exercício das funções públicas, sem aproveitar os poderes e as facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem.

Os atos de improbidade administrativa são divididos em três espécies: Os atos que importem em enriquecimento ilícito (art. 9º), os que causam lesão ao erário (art. 10º) e os que atentem contra os princípios da administração pública (art. 11). Apesar dessa divisão de cada espécie de improbidade, a lei prescreveu tipos abertos como: auferir qualquer tipo de vantagem indevida, provocar lesão ao erário por qualquer ação ou omissão que enseje perda patrimonial e praticar

CURSO DE DIREITO

qualquer ato ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.

Situações como essa faz com que o Estado/Juiz enquadre ou amolde situações de fato em face da constante mudança de métodos de infrações aos princípios da administração pública. Nesse sentido argumenta Fábio Osorio Medina sobre a flexibilidade da norma. “(flexibilidade normativa aos mecanismos punitivos, de tal modo a coibir manobras formalistas conducentes a impunidade).”²

1.1. Importância da defesa da probidade

No ordenamento jurídico brasileiro as funções típicas e atípicas de cada poder são exercidas pelos agentes públicos nos seus respectivos órgãos como, poder Legislativo, Executivo e Judiciário. Cada órgão necessita de agentes para administrar a máquina pública que de certa forma vai atender as pessoas da melhor maneira possível.

O Brasil é um país muito rico, porém as verbas públicas são na maioria das vezes administradas de forma não eficiente. A Lei de Improbidade foi introduzida com o objetivo de punir os agentes, servidor ou não, causadores de atos ilícitos, ímprobos. Daí surge a importância da probidade, pois ela tem um fator preponderante na fiscalização desses atos.

A administração pública é pautada por vários princípios conforme o art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, sendo eles: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, bem como leis esparsas que estão elencadas outros princípios. Entre esses princípios o agente deverá atuar com moralidade em todos os atos e na sua vida como administrador público.

1.2. Natureza jurídica da ação

Na visão dos penalistas, os atos de improbidade administrativa foram retirados do âmbito penal, todavia, a natureza jurídica da lei de improbidade é civil, outros autores posicionam-se de forma divergente.

Para Marino Pazzagli Filho, a natureza jurídica da norma tem a seguinte classificação, senão vejamos:

As medidas punitivas arroladas na norma citada são de natureza política, político-administrativa, administrativa e civil:

³ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 328.

CURSO DE DIREITO

Política (suspensão dos direitos políticos);

Político-administrativa (perda da função pública);

Administrativa (proibição de contratar com o poder público e receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios);

Civil (multa civil, ressarcimento integral do dano e perdas dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio).³

Os atos de improbidade teriam natureza político-civil-administrativa. Isto porque, para o autor, a suspensão de direitos políticos consiste em pena política, a perda da função pública em pena político-administrativa; a proibição de contratar e receber benefícios corresponde à pena administrativa; a multa civil corresponde a uma pena civil, sendo todas autônomas e independentes entre si.

Vale ressaltar que não se discute que ela tem natureza civil, uma vez que o art. 37, § 4º da Constituição Federal de 1988 prevê que haverá a responsabilização por atos de improbidade administrativa sem prejuízo da ação penal, ou seja, a ação tem natureza civil, mas a lei deixou bem claro que caso seja necessário será ajuizada ação penal cabível.

2. Processo cautelar

2.1. Procedimento

O processo cautelar é um procedimento, ou seja, um instrumento utilizado no processo de conhecimento ou de execução destinada assegurar a eficácia prática do provimento jurisdicional. A medida cautelar é um procedimento preparatório, acessório e provisório, ela tem por finalidade impedir que no curso de outro processo, chamado de principal, possa ocorrer um perigo de dano que se não for sanado com urgência acarretará danos irreversíveis.

O processo cautelar é uma ação autônoma, ela visa assegurar a tutela de um direito que se encontra em perigo de dano iminente. Vale dizer que, não obstante, sua natureza é eminentemente instrumental, ou seja, ela tem a natureza preventiva, sendo seus métodos e objetivos distintos da ação principal.

A ação cautelar é um procedimento de cognição sumária (processo em que a tutela é prestada com base em verossimilhança) não permite o conhecimento aprofundado da matéria litigiosa. Essa cognição sumária decorre da impossibilidade de o juiz investigar os fatos de

³ PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal, legislação e jurisprudência atualizada*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 146.

CURSO DE DIREITO

forma mais aprofundada e a aceleração do procedimento, serve ainda para dar maior rapidez ao provimento jurisdicional.

O procedimento da ação cautelar, embora não possa fugir do sistema contraditório, é restrita apenas a apuração da necessidade ou não da medida de garantia, em caráter provisional.

De acordo com Humberto Theodoro Júnior o processo cautelar tem as regras do processo civil, *ipsis litteris*:

Todas as fases lógicas do procedimento judicial terão de ser observadas. Isto é, o processo há de iniciar por petição inicial do promovente (Código de Processo Civil, art. 801), seguida de citação do promovido (*idem*, art. 802), como oportunidade de contestação, instrução probatória, encerramento necessário por sentença (*idem*, art. 803)⁴.

Há, como se vê, tal como ocorre no processo de mérito, as fases de postulação, de saneamento, de instrução e de decisão.

Conforme o art. 796 e seguintes do Código de Processo Civil, as medidas cautelares estão disciplinadas nesses artigos. Essas medidas visam proteger o processo principal de forma acautelatória e preventiva, não podendo, em regra, gerar efeitos satisfativos, sob pena de frustrar o contraditório e a apreciação final do mérito do processo.

Há de fazer registro que as medidas cautelares possuem varias características, sendo elas: autonomia, instrumentalidade, urgência, provisoriedade, revogabilidade, fungibilidade entre outras.

A autonomia significa dizer que as cautelares tramitam em autos próprios, ou seja, é independente, contudo, essa autonomia é relativa, pois a extinção do processo principal implica em extinção da ação cautelar. Já a característica da instrumentalidade visa satisfazer o processo principal, pois não tem um fim em si mesmo.

As medidas cautelares além de ser urgentes são provisórias, pois só devem ser acionadas em caso de perigo, bem como tem duração limitada, ou seja, não é definitiva.

Cabe lembrar que, sendo medidas provisórias, elas são revogadas a qualquer tempo. E por derradeiro a característica da fungibilidade que consiste na possibilidade de o juiz conceder a medida cautelar que lhe pareça mais adequada para proteger o direito da parte, ainda que não corresponda àquela medida que foi postulada.

⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: processo de execução e cumprimento de sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, Vol. II, p. 521.

2.2. Requisitos

São requisitos específicos da medida cautelar, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. O *fumus boni iuris* é conhecido pela fumaça do bom direito, é a plausibilidade, a verossimilhança do direito substancial invocado por quem pretenda a segurança, significa dizer ainda a possibilidade do direito invocado pelo autor.

Já o *periculum in mora*, mais conhecido como perigo da demora, é quando o direito tutelado corre risco potencial, ou seja, dano potencial quando o processo principal não for útil ao interesse demonstrado pela parte caso a tutela jurisdicional demore.

3. Ações cautelares nos processos de improbidade administrativa

3.1. Dos requisitos da cautelar nas ações de improbidade administrativa

De acordo com o Código de Processo Civil, o processo cautelar é um procedimento utilizado no processo de conhecimento ou de execução. É um procedimento célere capaz de assegurar direitos que correm o risco de perecimento. Cumpre observar que para ser utilizado no processo são necessários alguns requisitos básicos, como o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

O *fumus boni iuris* é conhecido pela fumaça do bom direito, é a plausibilidade, a verossimilhança do direito substancial invocado por quem pretenda a segurança, significa dizer ainda a possibilidade do direito invocado pelo autor.

Já o *periculum in mora*, mais conhecido como perigo da demora, é quando o direito tutelado corre risco potencial, ou seja, dano potencial quando o processo principal não for útil ao interesse demonstrado pela parte caso a tutela jurisdicional demore.

De acordo com a Lei 8.429/1992, alvitram-se três providências acautelatórias específicas: o afastamento cautelar do agente público (art. 20, parágrafo único), o sequestro/arresto (art. 16) e a indisponibilidade de bens (art. 7º). Entretanto, isso não significa que outras não possam ser adotadas, tanto inominadas como previstas no estatuto processual.

Há de fazer registro que antes de promover a ação civil de improbidade administrativa, durante o curso do processo administrativo e mesmo durante o processo judicial, o Ministério Público pode postular o sequestro/arresto ou a indisponibilidade de bens, com intuito de resguardar a possibilidade de futura recomposição, ou seja, ressarcimento do erário lesado ou a restituição de bens havidos ilicitamente pelo agente público.

CURSO DE DIREITO

Boa parte da doutrina diz que existe uma distinção entre arresto e sequestro. É o posicionamento de Waldo Fazzio Junior, *in verbis*:

A distinção reside, essencialmente no fato de que o sequestro é a garantia de um direito, mediante a imobilização custodiada de coisa litigiosa, ao passo que o arresto não tem direcionamento objetivo, como constrição indiscriminada contra o patrimônio do devedor. O primeiro conserva a coisa objeto da pretensão. O segundo conserva a garantia suscetível de se perder.⁵

Ou, como prefere Pontes de Miranda, ao explicar a diferença entre os dois institutos:

Posto que provenientes e de segurança os dois remédios, o do sequestro e do arresto, o primeiro tem por fito conservar determinada coisa, ao passo que o segundo conserva o que é suficiente para cumprimento do que é devido.⁶

O Código de Processo Civil destina o arresto para aquelas situações em que o devedor se ausenta ou tenta ausentar-se furtivamente; quando insolvente, aliena ou tenta alienar bens que possui; contrai ou tenta contrair dívidas extraordinárias; põe ou tenta por os seus bens em nome de terceiros; ou comete outro qualquer artifício fraudulento, a fim de frustrar a execução ou lesar credores. Também, quando o devedor, que possui bens de raiz, intenta aliená-los, hipotecá-los ou dá-los em anticrese, sem ficar com algum ou alguns, livres e desembaraçados, equivalentes as dívidas, são os incisos do art. 813 do Código Buzaid.

O pedido de sequestro/arresto de bens do agente público pode ser preventivo (preliminar) ou liminar, no corpo da petição inicial da ação civil pública de improbidade, antes do pedido final.

É bom colocar em relevo que no caso de cautelar preparatória a ação civil pública deverá ser ajuizada no prazo de 30 dias, cujo termo *a quo* é a data da efetivação da medida cautelar, tudo consoante o art. 806 do Código de Processo Civil, quando esta for concedida em procedimento preparatório. Se a ação principal não for ajuizada, a medida pode “cair no vazio”, ou seja, opera-se a decadência.

O processo cautelar está ideologicamente amarrado ao processo de fundo, resulta de cognição sumária e não produz coisa julgada. A providência cautelar não pode se perpetuar, pois toda cautelar é provisória e transitória.

⁵ FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Atos de Improbidade Administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 275.

⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações: ação, classificação e eficácia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. Vol. 4. p. 43-44.

CURSO DE DIREITO

Portanto, cessa a eficácia da medida cautelar se a parte não intentar a ação no prazo de 30 dias ou se não executada nesse lapso, também cessa, com a resolução judicial, com ou sem apreciação do mérito do processo principal.

Enfim, nos casos dos atos de improbidade contemplados nos artigos 9 e 10 da Lei 8.429/1992, o Ministério Público, provocado por representação da autoridade administrativa ou de ofício, poderá requerer ao órgão judiciário para que decrete, cautelarmente, a indisponibilidade dos bens do agente público, desde que evidência a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

Boa parte da doutrina posiciona-se no sentido da referida ação de improbidade contemplar os dois requisitos, pois para Mauro Roberto Gomes Mattos: “Não resta dúvida que esta é uma medida excepcional, que como visto anteriormente, deverá vir precedido tanto do *fumus boni iuris* como do *periculum in mora*.”⁷

Nesse sentido, temos também o posicionamento de Waldo Fazzio Junior, *in verbis*:

Embora se trate de medida reconhecidamente severa e excepcional, pode ser decretada **sempre que estiverem presentes os requisitos** autorizadores para a concessão da medida: **o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora***.⁸ (grifo nosso).

Temos também o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, que posicionou da mesma forma, como segue adiante:

Processo: 177709-9 Acórdão: 25904 Fonte: 7047 Data Publicação: 27/01/2006 Órgão Julgador: 2ª Câmara Cível Comarca: Londrina Data Julgamento: 17/01/2006 Relator: Pericles Bellusci de Batista Pereira. DECISÃO: ACORDAM os integrantes da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator. EMENTA: Agravo de Instrumento. Ação Civil Pública. Ressarcimento de dano. Improbidade administrativa. Indisponibilidade de bens. Medida cautelar "inaudita altera pars". Possibilidade. Plausibilidade do direito. Presença. Perigo da demora. Ausência. Medida extrema que não pode ser adotada. Recurso provido. A ordem de indisponibilidade de bens tem natureza cautelar e pode ser decretada sem a ouvida da parte contrária, nos próprios autos da ação civil pública, tendente a apurar atos de improbidade administrativa. **Entretanto, é medida excepcional, autorizada apenas quando presentes os requisitos regulares da cautelar (art. 798 do CPC, "periculum in mora" e "fumus boni iuris").** Inadequada é a medida quando inexistente demonstração de que o patrimônio do

⁷ MATTOS, Mauro Roberto Gomes. *O Limite da Improbidade Administrativa: comentários à Lei 8.429/1992*. 5ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 166.

⁸ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de Improbidade Administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 279.

CURSO DE DIREITO

requerido não seja suficiente para garantir o resultado útil do processo, ou que o mesmo esteja sendo por ele dilapidado, pois que o perigo da demora da prestação jurisdicional não decorre automaticamente do ajuizamento da ação civil para se apurar atos de improbidade administrativa. (grifo nosso).

Dessa maneira, para o Superior Tribunal de Justiça devem ser demonstrados tanto o *fumus boni iuris* como o *periculum in mora*, segue precedente, *in verbis*:

REsp 905035 / SC RECURSO ESPECIAL 2006/0256599-6 Relator (a) Ministro CASTRO MEIRA (1125) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 04/09/2007 Data da Publicação/Fonte DJ 18/09/2007 p. 288

Ementa: 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. (grifo nosso).

Vale ressaltar que essa proibição de requerimentos de indisponibilidade de bens, sem que se tenha um *quantum debeat* previamente definido, afronta diretamente o direito de propriedade da parte, que vê, de uma hora para outra o seu patrimônio ser constrangido, mesmo que sequer se tenha um valor previamente definido.

Há limites na indisponibilidade dos bens, pois não deve alcançar todo o patrimônio do devedor, deve bastar para a reparação da lesão ao erário ou corresponder ao prejuízo causado, senão vejamos:

REsp 762894 / GO RECURSO ESPECIAL 2005/0106454-4 Relator (a) Ministra DENISE ARRUDA (1126) Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA Data do Julgamento 24/06/2008 Data da Publicação/Fonte DJe 04/08/2008

Ementa: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. DESCUMPRIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. NÃO-CONFIGURAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA INDISPONIBILIDADE DE BENS. PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA MEDIDA RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. LIMITES DA CONSTRIÇÃO. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, DESPROVIDO.

CURSO DE DIREITO

1. É inviável a apreciação de recurso especial fundado em divergência jurisprudencial quando o recorrente não demonstra o suposto dissídio pretoriano por meio: (a) da juntada de certidão ou de cópia autenticada do acórdão paradigma, ou, em sua falta, da declaração pelo advogado da autenticidade dessas; (b) da citação de repositório oficial, autorizado ou credenciado em que o acórdão divergente foi publicado; (c) do cotejo analítico, com a transcrição dos trechos dos acórdãos em que se funda a divergência, além da demonstração das circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, não bastando, para tanto, a mera transcrição da ementa e de trechos do voto condutor do acórdão paradigma.
2. O Tribunal de origem analisou minuciosamente a questão relacionada à indisponibilidade dos bens, determinada em sede de ação de improbidade administrativa, mencionando expressamente os requisitos necessários ao deferimento da medida liminar. Assim, é manifesta a conclusão de que a reversão do entendimento exposto pela Corte a quo exigiria, necessariamente, o reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ.
3. A decretação de indisponibilidade de bens em decorrência da apuração de atos de improbidade administrativa deve observar o teor do art. 7º, parágrafo único, da Lei 8.429/92, limitando-se a constrição aos bens necessários ao ressarcimento integral do dano, ainda que adquiridos anteriormente ao suposto ato de improbidade.
4. Nesse sentido, os seguintes precedentes: REsp 806.301/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 3.3.2008, p. 1; REsp 886.524/SP, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 13.11.2007, p. 524; REsp 781.431/BA, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 14.12.2006, p. 274.
5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

3.2. Da inexigibilidade do requisito do *periculum in mora* em sede de cautelar na ação de improbidade administrativa

No ordenamento jurídico brasileiro (jurisprudência dos tribunais) existe posicionamento no sentido de que seria desnecessário o pré-requisito do *periculum in mora* na ação cautelar de improbidade administrativa. A concessão da proibição de dispor, uma vez evidenciado o dano provocado ao erário ou o enriquecimento indevido do agente público, seria de rigor, em face da necessidade de se assegurar o interesse público, consistente na garantia do futuro ressarcimento. O *periculum in mora* estaria implícito no art. 7º da Lei 8.429/1992.

Entende-se que o perigo está implícito nos efeitos do ato de improbidade e, portanto, presumidos os requisitos autorizadores da indisponibilidade, esta seria providência compulsória nas hipóteses de enriquecimento ilícito e lesão ao erário.

Parte da doutrina se inclina no sentido do *periculum in mora* ser presumido, ou seja, esse requisito que está implícito na norma infraconstitucional. É o posicionamento de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, *in verbis*:

CURSO DE DIREITO

Quanto ao *periculum in mora*, **parte da doutrina se inclina no sentido de sua implicitude, de sua presunção pelo art. 7º da Lei de Improbidade**, o que dispensaria o autor de demonstrar a intenção de o agente dilapidar ou desviar o seu patrimônio com vistas a afastar a reparação do dano.

Nesse sentido, argumenta Fábio Osorio Medina que o *periculum in mora* emerge, via de regra, dos próprios termos da inicial, da gravidade dos fatos, do montante, em tese, dos prejuízos causados ao erário, sustentando, outrossim, que a indisponibilidade patrimonial é medida obrigatória, pois traduz consequência jurídica do processamento da ação, forte no art. 37, § 4º da CF/88. Deste modo, em vista da redação imperativa adotada pela Constituição Federal art. 37, § 4º, pela própria lei de improbidade (art. 7), **cremos acertada tal orientação**, que se vê confirmada pela melhor jurisprudência.⁹ (grifo nosso).

Nessa linha de raciocínio é entendimento do Tribunal Regional da 1ª Região, consoante se depreende do Agravo de Instrumento abaixo:

Numeração Única: AG 0072486-95.2012.4.01.0000 / PA; AGRADO DE INSTRUMENTO

Relator DESEMBARGADORA FEDERAL MONICA SIFUENTES
Convocado JUIZ FEDERAL RENATO MARTINS PRATES (CONV.)
Órgão TERCEIRA TURMA Publicação 22/08/2014 e-DJF1 P. 360 Data
Decisão 12/08/2014

Ementa: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRADO DE INSTRUMENTO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MEDIDA CAUTELAR DE INDISPONIBILIDADE DE BENS. *PERICULUM IN MORA* PRESUMIDO. *FUMUS BONI JURIS* NÃO DEMONSTRADO. AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. DANO AO ERÁRIO NÃO COMPROVADO. AGRADO NÃO PROVIDO.

1. Nos termos da jurisprudência do egrégio Superior Tribunal de Justiça, **para decretação da indisponibilidade de bens em ação civil pública por ato de improbidade administrativa, não é necessária a presença do *periculum in mora*, o qual estaria implícito no comando do art. 7º da Lei 8.429/92**, sendo certo que basta a presença de indícios suficientes da prática de ato de improbidade que acarrete dano ao erário.

2. No caso, o *fumus boni juris* não ficou demonstrado pela documentação apresentada em juízo, porquanto embora exista indício da prática de ato de improbidade administrativa, consubstanciada na ausência de prestação de contas dos valores repassados pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE, no tocante ao Programa Nacional de Alimentação Escolar - PNAE, tal fato, por si só, não é suficiente para ensejar a indisponibilidade de bens do agravado, porquanto não há prova de que houve dano ao erário ou enriquecimento ilícito.

3. Agravo de instrumento não provido.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento. (grifo nosso).

⁹ GARCIA, Emerson, ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2002, p. 641.

CURSO DE DIREITO

Como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, em julgados anteriores, sobre a necessidade da presença dos dois requisitos, o tribunal alterou o seu entendimento no sentido de que o *periculum in mora* é presumido, e esse é o atual entendimento, *in verbis*:

AgRg no REsp 1407616 / SC AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 013/0216982-1 Relator(a) Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES (1141) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 24/04/2014 Data da Publicação/Fonte DJe 02/05/2014

Ementa: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. INDISPONIBILIDADE DE BENS. ART. 7º DA LEI 8.429/92. TUTELA DE EVIDÊNCIA. COGNIÇÃO SUMÁRIA. *PERICULUM IN MORA*. EXCEPCIONAL PRESUNÇÃO. PRESCINDIBILIDADE DA DEMONSTRAÇÃO DE DILAPIDAÇÃO PATRIMONIAL. *FUMUS BONI IURIS*. PRESENÇA DE INDÍCIOS DE ATOS ÍMPROBOS. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A Primeira Seção desta Corte Superior firmou a orientação no sentido de que a **decretação de indisponibilidade de bens em improbidade administrativa dispensa a demonstração de dilapidação do patrimônio para a configuração de *periculum in mora*, o qual estaria implícito ao comando normativo do art. 7º da Lei 8.429/92**, bastando a demonstração do *fumus boni iuris* que consiste em indícios de atos ímprobos (REsp 1.319.515/ES, 1ª Seção, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 21.9.2012).

2. No caso concreto, o Tribunal de origem expressamente reconheceu a presença do *fumus boni iuris* (indícios de ato de improbidade administrativa), entretanto, afastou a presença do *periculum in mora* em face da ausência de atos de dilapidação patrimonial, o que é desnecessário para a decretação da constrição patrimonial. 3. Agravo regimental não provido.

AgRg no AREsp 392405 / MT AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2013/0299620-0 Relator(a) Ministro HUMBERTO MARTINS (1130) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 06/02/2014 Data da Publicação/Fonte DJe 17/02/2014

Ementa: PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. DESNECESSIDADE DE *PERICULUM IN MORA* CONCRETO. PRESENÇA DO *FUMUS BONI IURIS*. NÃO DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem-se alinhado no sentido da **desnecessidade de prova de *periculum in mora* concreto**, ou seja, de que o réu estaria dilapidando seu patrimônio, ou na iminência de fazê-lo, exigindo-se apenas a demonstração de *fumus boni iuris*, consistente em fundados indícios da prática de atos de improbidade.

2. O Tribunal de origem reconheceu o *fumus boni iuris*, "ante a existência de fortes indícios da prática de atos ímprobos, inclusive, em razão dos expressivo dano causado ao erário", o que possibilita a decretação da indisponibilidade de bens. 3. O recurso não pode ser conhecido pelo fundamento da alínea "c", porquanto o recorrente não realizou o necessário cotejo analítico, de modo a demonstrar as circunstâncias identificadoras da divergência com o caso confrontado, conforme dispõem os arts. 541 do CPC e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ. Agravo regimental improvido. (grifo nosso).

CURSO DE DIREITO

Apesar de ser uma medida excepcional, o *periculum in mora* como requisito da medida cautelar será presumido, sendo afastado devido a sua demora na tomada de uma decisão ou procedimento que se não for resolvido causará dano ou prejuízo de difícil reparação.

O art. 7º da Lei 8.429/92 é claro em estabelecer que o ato de improbidade administrativa que causar lesão ao patrimônio público (art. 10º) ou ensejar enriquecimento ilícito (art. 9º), dará causa ao pedido de indisponibilidade de bens dos acusados.

Conclusão

Diante do exposto, a Lei 8.429/1992 que disciplina os atos de improbidade administrativa se mostra muito importante no ordenamento jurídico brasileiro. A ação de improbidade administrativa é um instrumento utilizado no direito para correção de atos ímprobos, ilícitos, aplicados aos agentes públicos, servidor ou não.

A cautelar na ação civil de improbidade administrativa visa resguardar o futuro ressarcimento ao erário, decretando a indisponibilidade dos bens do agente ímprobo. Assim, essa demanda tem como escopo dar eficácia prática ao provimento jurisdicional.

Cabe lembrar que esse assunto é amplamente discutido no meio jurídico. Todavia, existe divergência nos tribunais e entre os doutrinadores. Boa parte da doutrina, como Mauro Roberto Gomes de Mattos, Waldo Fazzio Junior, Marino Pazzaglini Filho diz que são necessários de forma específica os requisitos *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* nas cautelares, pois é uma medida excepcional, autorizada apenas quando presentes os dois requisitos.

Já para outros doutrinadores como, Emerson Garcia, Rogério Pacheco Alves, Fábio Osorio Medina basta o *fumus boni iuris*, sendo o *periculum in mora* presumido, pois para decretar a indisponibilidade dos bens em ação civil pública por ato de improbidade administrativa, não é necessário a presença do *periculum in mora*, devido sua implicitude descrita no comando do art. 7 da Lei 8.429/1992.

Nesse sentido, visto a redação adotada pela Constituição Federal, art. 37, § 4º, pela própria lei de improbidade e confirmada pela melhor jurisprudência, creio ser o melhor posicionamento, pois basta demonstrar o *fumus boni iuris* que consiste em indícios da prática de atos ímprobos para decretar a indisponibilidade dos bens. Essa medida não é definitiva, ela tem como objetivo conservar o patrimônio até o desfecho da demanda.

CURSO DE DIREITO

Dessa maneira, conclui-se que é inexigível o requisito do periculum in mora nas ações cautelares de improbidade administrativa, ou seja, é presumido e está implícito no art. 7º da Lei 8.429/1992, conforme jurisprudência dos tribunais e doutrina majoritária.

Referências

BRASIL. *Código de Processo Civil de 1973*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 26 maio 2014.

_____. *Lei de Improbidade Administrativa de 1992*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm>. Acesso em: 26 maio 2014.

_____. *Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em: 29 setembro 2014.

_____. *Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina*. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br>>. Acesso em: 29 setembro 2014.

_____. *Tribunal Regional Federal da 1ª Região*. Disponível em: <<http://portal.trf1.jus.br/portaltrf1/pagina-inicial.htm>>. Acesso em: 29 setembro 2014.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Improbidade Administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2012.

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

MATTOS, Mauro Roberto Gomes. *O Limite da Improbidade Administrativa*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

OSORIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade Administrativa*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa Comentada, aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal, legislação e jurisprudência atualizada*. São Paulo: Atlas, 2005.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações: ação, classificação e eficácia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: processo de execução e cumprimento de sentenças*. Volume II. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

Artigo submetido à *Virtù: Direito e Humanismo*, recebido em 3 de novembro de 2014. Aprovado em 30 de maio de 2015. A construção argumentativa, a adequada utilização do referencial bibliográfico, as opiniões e as conclusões são de responsabilidade do autor.