

Mudrovitsch e Pupe: indisponibilidade de bens e improbidade

16/08/2019



A regência da improbidade administrativa previu

nos artigos 7º e 16 da Lei 8.429/1992 a possibilidade de autoridade ou comissão, em inquérito ou procedimento administrativo, representar ao Ministério Público para que o órgão postule judicialmente a indisponibilidade ou o sequestro de bens do indiciado sempre que o ato de improbidade puder causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito[1].

Ao longo dos anos, doutrina e jurisprudência foram lapidando os dispositivos para dispensar a representação como condição de procedibilidade para a indisponibilidade (que poderia ser requerida diretamente em juízo)[2].

Também se afastou qualquer dúvida sobre o cabimento da indisponibilidade em atos violadores dos princípios da administração pública, ainda que a medida possua maior relação lógica com os tipos previstos nos artigos 9º e 10[3].

Adicionalmente, o parágrafo único do artigo 7º foi em certa medida ampliado para que o bloqueio alcançasse bens suficientes não somente a virtual ressarcimento, mas também para custeio de eventual incidência da sanção de multa[4]. Ainda além, embora antes adotasse entendimento em sentido contrário, passou o Superior Tribunal de Justiça a admitir a constrição sobre bens adquiridos anteriormente à prática do ato possivelmente tido como de improbidade[5].

Nenhuma dessas investidas, contudo, talvez tenha sido mais relevante que o julgamento, pelo STJ, do tema repetitivo 701 (REsp 1.366.721/BA, 1ª Seção, DJ de 26/2/2014)[6], que dispensou a demonstração de risco para decretação da indisponibilidade, fundando-se, para tanto, no argumento de que o mencionado artigo 7º traria ínsito o perigo a reverter em proteção a favor da sociedade.

A ideia não foi nova, já se fazendo presente o *periculum in mora* presumido, para fins de indisponibilidade, nos artigos 36, parágrafo 1º, da Lei 6.024/1974, 185-A, do Código Tributário Nacional, 7º, III, da Lei 6.830/1980, e 14, da Lei 4.717/1965. Ampla doutrina, de igual modo, já advogava em favor daquele raciocínio, condicionando a decretação de indisponibilidade somente à probabilidade do direito (no caso, da prática de ato ímprobo)[7].

O detalhe é que, afastada a ideia de demonstração de risco como requisito para decretação da indisponibilidade, a medida perdeu sua condição de cautelar para transmutar-se em tutela de evidência, como, aliás, constou expressamente daquele julgado: “percebe-se que o sistema da Lei de Improbidade Administrativa admitiu, expressamente, a tutela de evidência. O disposto no art. 7º da aludida legislação, em nenhum momento, exige o requisito da urgência, reclamando, apenas, para o cabimento da medida, a demonstração, numa cognição sumária, de que o ato de improbidade causou lesão ao patrimônio público ou ensejou enriquecimento ilícito”.

O ponto é relevante porque, em se considerando a medida como não mais cautelar, deixa ela de ser passível de qualquer decretação ou adaptação de ofício pelo juízo com base no poder geral de cautela.

Ainda no mesmo sentido, curioso perceber que o Projeto de Lei 10.887/2018, que visa a alterar a Lei de Improbidade, encampou a *ratio* contida no julgado do STJ para, no parágrafo 2º de seu artigo 16, estabelecer que o “pedido de indisponibilidade será concedido independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, desde que o juiz se convença da probabilidade da ocorrência dos atos descritos na petição inicial à luz dos seus respectivos elementos de instrução, após a oitiva do réu em 5 (cinco) dias”.

Acontece que a mesma proposição legislativa, no *caput* do artigo 16 e no respectivo parágrafo 9º, admite que o pedido seja deduzido em caráter antecedente, observando, para tanto, os artigos 305 e 308 a 310 do Código de Processo Civil, o primeiro dos quais condiciona a antecedência à demonstração “do perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”.

Não se ignora que o mencionado parágrafo 9º fala que esses dispositivos se aplicam ao pedido de indisponibilidade em caráter antecedente “no que couber”, mas nos parece estranho qualquer hipótese autorizadora de medida constritiva anteriormente ao manejo da ação principal que não fundada em risco — inexistente tutela de evidência em caráter antecedente!

Ainda além, observa-se que a tutela de evidência, prevista no artigo 311 do Código de Processo Civil, pressupõe, em suas hipóteses, uma carga de certeza não consentânea com a simples probabilidade demonstrada em petição inicial. O inciso IV, especificamente, seria o único que se aproximaria do pedido de indisponibilidade (“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”), mas nele a tutela está condicionada a prévia oitiva do réu e à não oposição de prova apta a gerar questionamentos, o que impediria, em improbidade, bloqueio *inaudita altera parte* — sendo que o PL 10.887/2018 é expresso, no parágrafo 3º do artigo 16, no sentido de ser a constrição possível sem oitiva[8].

Toda essa confusão, em nosso sentir, se deveu ao equívoco de premissa contido no acórdão que julgou o tema repetitivo 701, referindo-se ao bloqueio a hipótese de tutela de evidência. Nossa



proposta, simples, seria no sentido de que a medida conservasse a urgência como requisito, mas que, no ponto, houvesse inversão legal do ônus da prova, em desfavor do réu. Essa mudança, singela, “amarraria” tecnicamente todas as dificuldades apresentadas acima.

Avançando em nossos comentários, vale notar que o PL 10.887/2018 propõe, no indigitado artigo 16, a positivação de outros dos entendimentos doutrinários e judiciais antes mencionados, sugerindo a constrição não somente para ressarcimento, mas também para fazer frente a sanções autônomas, alcançando mesmo bens anteriores ao ato sob suspeita (*caput* e parágrafo 4º) e afastando a necessidade de representação como condição para o bloqueio (parágrafo 1º).

Digna de anotação apartada, o conteúdo do parágrafo 6º autoriza o atingimento de bens de família, consagrando entendimento antigo do STJ no sentido de que a indisponibilidade não configura penhora[9]. Ocorre que os efeitos de ambas as medidas são muito próximos, não afastando a propriedade, mas embaraçando alguns dos direitos dela oriundos para o fim de induzir presunção legal, relativa, de fraude à execução no caso de eventual alienação (artigo 247 da Lei de Registros Públicos).

Daí por que estamos com Emerson Garcia e Rogério Alves[10] no sentido de que a proteção ao bem de família, em ação de improbidade, somente poderia ceder na hipótese do artigo 3º, VI, da Lei 8.009/1990, isto é, quando o referido bem, a par da improbidade, haja “sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens”. Essas considerações à parte, pelo menos o PL 10.887/2018 impõe uma regra de subsidiariedade, condicionando a constrição sobre bem de família apenas quando “ausentes outros bens disponíveis em montante suficiente à garantia pretendida, competindo ao requerido a demonstração dessa suficiência”.

Outro ponto bastante positivo no PL consta do parágrafo 5º do artigo 16, que admite a substituição dos bens bloqueados por “caução idônea, fiança bancária ou seguro-garantia judicial, a requerimento do réu”. Essa possibilidade já existiu no passado por força do artigo 805 do CPC de 1973 (“A medida cautelar poderá ser substituída, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pela prestação de caução ou outra garantia menos gravosa para o requerido, sempre que adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente”), mas desapareceu com a sobrevinda do código de 2015, que silenciou a respeito. Vem bem a calhar, pois, a restauração da norma, contida na proposição legislativa em trâmite.

Por fim, convém apontar os parágrafos 7º e 11 do artigo 16, que propõem o ajuste da Lei de Improbidade ao CPC de 2015, seja prevendo a necessidade de instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica para que se atinjam pessoas diversas da do réu, seja prevendo expressamente, à luz do artigo 1.015, XIII, do código, o cabimento de agravo de instrumento contra decisão que defere ou indefere o sobredito bloqueio.

[1] Ainda que, conforme doutrina (indicada em SIMÃO, Calil. *Improbidade administrativa*. 2ª ed. Leme: JHMizuno, 2014, p. 723) exista alguma distinção entre os dispositivos (indisponibilidade não se confunde com sequestro, haja vista que esse último se dirige a bens

específicos), são eles aqui tratados conjuntamente por versarem, ambos, sobre constrição patrimonial com finalidade de garantia de satisfação de eventual futura condenação.

[2] PAZZAGLINI FILHO; Marino *et. al. Improbidade administrativa*. São Paulo: Atlas, 1996, p. 180.

[3] “(...) Uma interpretação literal deste dispositivo poderia induzir ao entendimento de que não seria possível a decretação de indisponibilidade dos bens quando o ato de improbidade administrativa decorresse de violação dos princípios da administração pública. 3. Observa-se, contudo, que o art. 12, III, da Lei n. 8.429/92 estabelece, entre as sanções para o ato de improbidade que viole os princípios da administração pública, o ressarcimento integral do dano – caso exista –, e o pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente.” STJ, AgRg no REsp 1311013/RO, Segunda Turma, DJ de 13.12.2012. Em sentido contrário a esse raciocínio: SPITZCOVSKY, Celso. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Gen/Método, 2009, p. 213.

[4] REsp 1.319.515/ES, Primeira Seção, DJ de 21/09/2012. Entendemos, por lógica, que o mesmo raciocínio deve ser aplicado à sanção de perdimento de bens.

[5] AgRg no Ag 1.423.420/BA, Primeira Turma, DJe 28.10.2011; REsp 1.078.640/ES, Primeira Turma, DJe 23.3.2010; e AgRg no REsp 937.085/PR, Segunda Turma, DJe 17/09/2012.

[6] Com ponderados votos vencidos dos Ministros Napoleão Nunes Maia, relator original, Arnaldo Esteves Lima e Ari Pargendler, vale o registro.

[7] OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade administrativa. Observações sobre a Lei 8.429/92*. 2ª ed. Porto Alegre: Síntese, 1998, p. 240-241; SHIMURA, Sérgio. *Arresto cautelar*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2005, p. 334-335; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela jurisdicional cautelar e atos de improbidade administrativa*. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (orgs.). *Improbidade administrativa. Questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 266-270; e MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 455. Em sentido contrário: SPITZCOVSKY, Celso. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Gen/Método, 2009, p. 214.

[8] Há quem, hoje, já põe em dúvida a constitucionalidade da indisponibilidade *inaudita altera parte* com fundamento no artigo 5º, LIV, da Constituição. Não vislumbramos esse vício, entendendo que casos há em que o devido processo legal está previsto de forma sofisticada. Em outras palavras, por estar prevista em lei, a constrição sem oitiva será possível, desde que seja excepcional.

[9] REsp 1.287.422/SE, Segunda Turma, DJe 22/8/2013; REsp 1.343.293/AM, Segunda Turma, DJe 13/3/2013; AgRg no REsp 1.282.253/PI, Segunda Turma, DJe 5/3/2013; e REsp 967.841/PA, Segunda Turma, DJe 8/10/2010.

[10] GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 753.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2019-ago-16/mudrovitsch-pupe-indisponibilidade-bens-improbidade/>