

Tutela provisória na “ação de improbidade administrativa”

*Cassio Scarpinella Bueno*¹
Advogado

Sumário: Introdução. 1. Considerações iniciais. 2. O regime da tutela provisória e as ações de improbidade administrativa. 3. Especificamente a indisponibilidade de bens. 3.1 Legitimidade para o pedido de indisponibilidade. 4. Afastamento do agente público. Conclusão. Bibliografia.

Introdução

Agradeço, em primeiro lugar, o honroso convite que me foi formulado pelo eminente Desembargador Antonio Carlos Villen e pelo eminente magistrado Juiz Alexandre de Mello Guerra para participar de obra coletiva da Escola Paulista da Magistratura por ocasião do encerramento dos trabalhos dos *Grupos de Estudos de Magistrados* intitulada *Direito Público Contemporâneo: a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (e as alterações introduzidas no Direito Público pela Lei n. 13.655/18); as Novas Leis de Licitações e Contratos Administrativos e Improbidade Administrativa*.

Para tanto, apresento minha contribuição acerca das novidades relativas ao instituto da tutela provisória na chamada *ação de improbidade administrativa* que corresponde a um dos temas da aula que tive o privilégio de ministrar no referido Grupo de Estudos e que se realizou, de modo presencial, no dia 23 de junho de 2022. O texto base da exposição foi revisto e atualizado especialmente para esta publicação.

¹ Livre-Docente, Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor de direito processual civil e de direito processual tributário na mesma Faculdade nos cursos de doutorado, mestrado, especialização e graduação. Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Processual (triênio 2022-2024) e membro do Instituto Iberoamericano de Direito Processual e da Associação Internacional de Direito Processual. Autor, dentre outros, do *Manual do poder público em juízo*, publicado pela Editora Saraiva.

1. Considerações iniciais

A tutela provisória deve ser compreendida como o conjunto de técnicas processuais que buscam, por autorização judicial, a satisfação antecipada ou, quando menos, o asseguramento de uma posição de vantagem de um dos litigantes (em geral o autor) em detrimento do outro. O Código de Processo Civil (CPC) de 2015, inovando substancialmente em relação ao CPC de 1973, disciplina o tema no Livro V de sua Parte Geral, sendo correto identificar a tutela provisória em três óticas diversas embora complementares entre si.

A tutela provisória, quando analisada na perspectiva dos seus fundamentos, pode ser fundamentada na *urgência* ou na *evidência*.

Na perspectiva do momento em que ela é requerida, a tutela provisória pode ser requerida como forma de dar início ao processo (tutela provisória *antecedente*) ou ao longo do processo, inclusive com a petição inicial, concomitantemente à formulação dos pedidos de mérito (tutela provisória *incidental*).

Por fim, mas não menos importante, é correto distinguir, na perspectiva de a tutela provisória ser ou não capaz de satisfazer a pretensão, a tutela antecipada que apresenta viés satisfativo (tutela *antecipada*) daquela que tem como finalidade assegurar o resultado útil do processo (tutela *cautelar*)².

Por sua vez, a chamada *ação de improbidade administrativa* deve ser compreendida como o procedimento especial cuja finalidade é aplicar as penalidades reservadas a quem pratica atos capitulados como sendo de improbidade administrativa nos termos do art. 37, § 4º, da CF e consoante gradação da Lei n. 8.429/1992 com as diversas e profundas modificações da Lei n. 14.230/2021. Cabe o destaque de que não há, propriamente, uma *ação de improbidade administrativa*, porque não há, no atual estágio evolutivo do direito processual civil, qualquer espaço para confundir institutos ínsitos ao direito processual com os de direito material. Tratando-se, não obstante, de consagraçíssima expressão idiomática ela é empregada ao longo deste trabalho³.

² Para uma exposição mais detalhada do assunto, cf.: BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva Jur, 2022. v. 1. p. 712; 716.

³ Voltei-me ao tema em: BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva Jur, 2022. v. 1. p. 297; 302.

2. O regime da tutela provisória e as ações de improbidade administrativa

Em primeiro lugar, cabe evidenciar que é aplicável às ações de improbidade administrativa o arcabouço *atípico* da tutela provisória, tal qual consagrada pelo Livro V da Parte Geral do CPC, inclusive para viabilizar o cumprimento *provisório* da sentença para fins *satisfativos* e não meramente *acautelatórios*, tanto quanto para permitir que *antes* do início do processo de improbidade o autor pleiteie alguma tutela provisória de modo *antecedente* (arts. 303 a 310 do CPC)⁴. E isto deriva da inequívoca aplicação subsidiária e supletiva do CPC que, em rigor, independe de previsão legislativa específica.

É certo que a Lei n. 14.230/2021, ao introduzir o § 6º–A no art. 17 da Lei n. 8.429/1992, evidenciou a aplicabilidade dos arts. 294 a 310 do CPC para a espécie. Mas – e aqui a importância da afirmação que acabei de lançar – não há referência à aplicação *também* do art. 311 do CPC, que disciplina a tutela provisória chamada de evidência, o que não faz nenhum sentido do ponto de vista de uma adequada interpretação sistemática dos dois diplomas normativos.

Até se pode querer sustentar que a falta de remissão expressa ao precitado art. 311 justifica-se para que não se queira entender, conforme entendia o Superior Tribunal de Justiça (STJ), inclusive em sede de recurso especial repetitivo, que a indisponibilidade de bens possa ser concedida independentemente de demonstração de prova de dissipação patrimonial. Contudo, tal vedação foi feita de modo expresso pelos §§ 3º e 4º do art. 16, analisados no n. 4, *infra*, não havendo razão para generalizar a inaplicabilidade daquele dispositivo a quaisquer outras hipóteses em que a concessão da tutela provisória pode se justificar, dada a importância da previsão para o sistema processual civil brasileiro, inclusive, mas não só, para a operacionalidade do “direito jurisprudencial”⁵.

⁴ Até mesmo, mas não apenas, em função do disposto no *caput* do art. 7º da Lei n. 8.429/1992 que, com a redação dada pela Lei n. 14.230/2021, passou a ser a seguinte: “Se houver indícios de ato de improbidade, a autoridade que conhecer dos fatos representará ao Ministério Público competente, para as providências necessárias.”.

⁵ Monografia fundamental sobre o tema é a de Rogéria Dotti, intitulada *Tutela da evidência*, que se volta não apenas à dinâmica daquela modalidade de tutela provisória, mas também à demonstração de sua razão de ser.

Destarte, tenho para mim que a falta de remissão ao art. 311 do CPC pelo precitado § 6º – A do art. 17 da Lei n. 8.429/1992, introduzido pela Lei n. 14.230/2021 deve ser entendido como mero erro (material) do legislador e que, como tal, não deve vincular o intérprete e o aplicador do direito, razão de ser das remissões genéricas que faço ao longo deste artigo ao Livro V da Parte Geral do CPC (correspondente à disciplina codificada da tutela provisória como um todo), sem excepcionar o referido art. 311.

Sem prejuízo de tal discussão, é certo que a Lei n. 8.429/1992, com as modificações da Lei n. 14.230/2021, traz dispositivos específicos a respeito do tema.

3. Especificamente a indisponibilidade de bens

O art. 16, que trata, sempre na redação e com as amplas modificações da Lei n. 14.230/2021, do “pedido de indisponibilidade de bens dos réus” que pode ser formulado pelo autor tanto em caráter antecedente como incidente⁶. A finalidade daquela medida – é o *caput* do dispositivo que a evidencia – é “... garantir a integral recomposição do erário ou do acréscimo patrimonial resultante de enriquecimento ilícito” e não depende de eventual representação prévia de autoridade administrativa nos moldes do art. 7º, *caput*, da Lei n. 8.429/1992, também na redação da Lei n. 14.230/2021, podendo, destarte, ser formulado por iniciativa daquele que toma a iniciativa de ajuizar a ação de improbidade administrativa (art. 16, § 1º – A).

O pedido de indisponibilidade de bens pode incluir a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras

⁶ O tema sempre despertou muito interesse doutrinário e jurisprudencial, mesmo antes das profundas modificações trazidas pela Lei n. 14.230/2021. Apenas para fins ilustrativos, notício, a propósito, que orientando meu no Curso de Especialização em Processo Civil da PUC – SP/Cogea redigiu monografia sobre o assunto, apresentada em 2019. Refiro-me ao trabalho de Lucas Pedroso Klain intitulado *A indisponibilidade de bens na ação de improbidade administrativa*, publicado no vol. 307 da *Revista de Processo*. Em obra coletiva, que tive oportunidade de coordenar, foram vários os autores que se voltaram ao tema: Carlos Mário Velloso Filho, *A indisponibilidade de bens na Lei n. 8.429/1992*; Enrique Ricardo Lewandowski, *Comentários acerca da indisponibilidade liminar de bens prevista na Lei 8.429, de 1992*; Evane Beiguelman Kramer, *Considerações acerca do sequestro de bens de que trata a Lei 8.429, de 1992: enfoque da questão sob a ótica da execução da sentença condenatória*; Flávio Cheim Jorge e Marcelo Abelha Rodrigues, *A tutela processual da probidade administrativa (Lei 8.429, de 1992)*; Flávio Luiz Yarshell, *Lei 8.429, de 1992: ação cautelar sem correspondente ‘ação principal’?* e José Roberto dos Santos Bedaque, *Tutela jurisdicional cautelar e atos de improbidade administrativa*.

mantidas pelo réu no exterior, observando-se, a esse respeito, o que dispõem as normativas próprias, inclusive tratados internacionais (art. 16, § 2º).

O § 3º do art. 16 exige, para o deferimento do pedido de indisponibilidade de bens, que seja demonstrado perigo de dano irreparável ou de risco ao resultado útil do processo, não sendo suficiente, destarte, o maior ou menor vigor das alegações feitas pelo autor, mesmo quando acompanhado de provas relativas à prática de ato definível como de improbidade. Não obstante, conforme exige o mesmo dispositivo, o pedido só será deferido se o magistrado se convencer da probabilidade da ocorrência dos atos descritos na petição inicial com fundamento nos respectivos elementos de instrução.

A exigência da lei justifica-se diante do entendimento que o STJ havia alcançado em sede de recurso especial repetitivo, no sentido de que a hipótese, por sua especialidade, afastaria a exigência da demonstração do *periculum in mora*, sendo suficiente a *plausibilidade* da alegação⁷. Um caso, pois, quando analisada a questão na perspectiva do art. 311 do CPC, de tutela provisória fundamentada na *evidência*, e não na *urgência*. A doutrina, em geral, era bastante crítica àquele entendimento o que, certamente, acabou por sensibilizar o legislador a negar que essa específica situação autorize a concessão da tutela provisória *independentemente* da demonstração concreta da necessidade premente da medida (“perigo de dano irreparável ou de risco ao resultado útil do processo”)⁸.

O § 8º do art. 16, ao estabelecer que “Aplica-se à indisponibilidade de bens regida por esta Lei, no que for cabível, o regime da tutela provisória de urgência da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil)”

⁷ Eis a tese então fixada: “É possível a decretação da ‘indisponibilidade de bens do promovido em Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa’, quando ausente (ou não demonstrada) a prática de atos (ou a sua tentativa) que induzam a conclusão de risco de alienação, oneração ou dilapidação patrimonial de bens do acionado, dificultando ou impossibilitando o eventual ressarcimento futuro” (BRASIL, 2014) (Tema 701; STJ, 1ª Seção, REsp 1.366.721/BA, rel. p./acórdão Min. Og Fernandes, j.m.v. 26-2-2014, DJe 19-9-2014). Desde então, a orientação vem sendo acolhida por ambas as Turmas da 1ª Seção daquele Tribunal. Assim, v.g.: 2ª Turma, AgInt no AgInt no AREsp 660.851/ES, rel. Min. Og Fernandes, j.un. 18-5-2021, DJe 9-6-2021; 1ª Turma, AgInt no AREsp 1.547.826/ES, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j.un. 11-11-2020, DJe 17-11-2020 e 2ª Turma, AgInt no REsp 1.842.562/MA, rel. Min. Herman Benjamin, j.un. 6-10-2020, DJe 18-12-2020.

⁸ É o que já sustentava no n. 14 do Capítulo 5 da Parte I do meu *Curso sistematizado de direito processual civil*, vol. 2, tomo III. Também em tom crítico, era o entendimento de Fernando da Fonseca Gajardoni, *Periculum in mora* presumido nas cautelares sobre bens na Lei de Improbidade Administrativa: reflexões à luz do CPC/2015 e do tema 701 da jurisprudência do STJ, esp. p. 530/531, destacando, ainda, a necessidade de ser observada, invariavelmente, a proporcionalidade da medida com os danos descritos, p. 531/534.

ênfatisa o regime aplicável à medida, colocando-a à parte da tutela provisória da evidência do art. 311 do CPC. Não há, contudo, consoante escrevi no n. 3, *supra*, e com a ressalva do parágrafo anterior, por que deixar de aplicar o art. 311 do CPC generalizadamente às ações de improbidade administrativa.

A parte final do § 3º do art. 16, ao impor que o pedido de indisponibilidade só seja concedido “após a oitiva do réu em 5 (cinco) dias” é relativizado pelo § 4º do mesmo dispositivo, segundo o qual “a indisponibilidade de bens poderá ser decretada sem a oitiva prévia do réu, sempre que o contraditório prévio puder comprovadamente frustrar a efetividade da medida ou houver outras circunstâncias que recomendem a proteção liminar, não podendo a urgência ser presumida”.

A previsão que busca, de modo pertinente, conciliar os princípios do contraditório e da efetividade, levando em conta a efetiva demonstração da *necessidade imediata* da medida, o que legitima a *postergação* do contraditório. Trata-se, em última análise, da mesma *ratio* que levou o STF a considerar *inconstitucional*, na ADI 4296, o art. 22, § 2º, da Lei n. 12.016/2009, que disciplina o mandado de segurança, e que merece ser aplicada à presente hipótese, a despeito de estar diante de uma *ação de improbidade administrativa*⁹.

O § 5º do art. 16 prescreve que o montante indicado na petição inicial como dano ao erário ou como enriquecimento ilícito deve ser considerado como *limite* para a somatória dos valores declarados indisponíveis, ainda que haja mais de um réu. A preocupação do legislador é a de evitar que variadas medidas de indisponibilidade possam, quando somadas, gerar uma despropositada asseguarção do resultado do processo. Não há, em rigor, tantos danos ao erário quantos sejam os réus do processo, sendo suficiente, destarte que a indisponibilidade recaia sobre valor suficiente para os fins a que se destina, independentemente do número de litisconsortes passivos.

O valor da indisponibilidade a ser considerado, prossegue o § 6º do art. 16, deve levar em consideração a estimativa de dano feita desde a petição inicial.

⁹ Para uma análise do alcance da decisão do STF na ADI 4296, dediquei artigo específico intitulado ADI 4296 e liminar em mandado de segurança: uma proposta de compreensão de seu alcance.

O mesmo dispositivo permite que a medida seja substituída por caução idônea, por fiança bancária ou por seguro-garantia judicial, a requerimento do réu, sem prejuízo de sua readequação durante a instrução do processo. Trata-se de escorreita aplicação da compreensão da *fungibilidade* inerente às tutelas de índole assecuratória e que encontra eco no § 1º do art. 300 e no art. 301, ambos do CPC.

De acordo com o § 7º do art. 16, quando a indisponibilidade envolver bens de terceiro, ela dependerá da demonstração de sua participação nos atos questionados. Em se tratando de pessoa jurídica, prossegue o dispositivo, é mister que seja instaurado o incidente de desconsideração da personalidade jurídica dos arts. 133 a 137 do CPC para autorizar qualquer ato construtivo em relação a seus sócios.

Sobre a regra importa destacar, de qualquer sorte, que a necessidade de instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica não é, em si mesmo, óbice para que, a depender da situação concreta, se possa, legitimamente, praticar algum ato construtivo em face do sócio com base nos referenciais da tutela provisória de *urgência* (art. 300, *caput*, do CPC). O que o § 7º do art. 16 da Lei n. 8.429/1992, na redação da Lei n. 14.230/2021, quer evitar é que o atingimento de bens do sócio se dê independentemente de dar a ele possibilidade de exercer sua ampla defesa, ainda que de modo postergado. Trata-se, nesse sentido, da mesma diretriz destacada acima com base no § 4º do art. 16.

Os §§ 10 a 14 do art. 16 se ocupam com o objeto da indisponibilidade. Ela recairá sobre bens que assegurem exclusivamente o integral ressarcimento do dano ao erário, sem incidir sobre os valores a serem eventualmente aplicados a título de multa civil ou sobre acréscimo patrimonial decorrente de atividade lícita¹⁰. A previsão não tem o condão de impedir que o autor requeira tutela provisória com fundamento no CPC

¹⁰ Antes da Lei n. 14.230/2021, a 1ª Seção do STJ chegou a entendimento oposto em sede de recurso especial repetitivo (REsp 1.862.792/PR, rel. Min. Manoel Erhardt, j.un. 25-8-2021, *DJe* 3-9-2021, tema 1055), admitindo que a indisponibilidade recaia também sobre patrimônio capaz de arcar com a multa civil, ainda que nas hipóteses alcançadas pelo art. 11 da Lei n. 8.429/1992 nas quais, em rigor, não há dano ao erário. Eis seu enunciado: “É possível a inclusão do valor de eventual multa civil na medida de indisponibilidade de bens decretada na ação de improbidade administrativa, inclusive naquelas demandas ajuizadas com esteio na alegada prática de conduta prevista no art. 11 da Lei 8.429/1992, tipificador da ofensa aos princípios nucleares administrativos”. Para a discussão do assunto em sede de doutrina, v.: Fernando da Fonseca Gajardoni, *Periculum in mora* presumido nas cautelares sobre bens na Lei de Improbidade Administrativa: reflexões à luz do CPC/2015 e do tema 701 da jurisprudência do STJ, p. 538/540.

para tal finalidade, justificando a necessidade da medida para assegurar o resultado útil da aplicação de *outras penas* de caráter pecuniário previstas na Lei n. 8.429/1992, inclusive relacionadas aos tipos dos arts. 9º e 11 daquele diploma legislativo¹¹.

O § 11 do art. 16, na contramão do § 1º do art. 835 do CPC, veda que a indisponibilidade de bens recaia prioritariamente sobre dinheiro, dispondo que a aquela medida deve “[...] priorizar veículos de via terrestre, bens imóveis, bens móveis em geral, semoventes, navios e aeronaves, ações e quotas de sociedades simples e empresárias, pedras e metais preciosos”. Tanto assim que a parte final do dispositivo indica que apenas na inexistência daqueles bens, a indisponibilidade deve acarretar “... o bloqueio de contas bancárias, de forma a garantir a subsistência do acusado e a manutenção da atividade empresarial ao longo do processo”.

A melhor interpretação para a regra é a que admite que a indisponibilidade recaia sobre dinheiro e contas bancárias, respeitadas, evidentemente as vedações legais (assim, v.g., o art. 833 do CPC e o § 13 do próprio art. 16) e desde que se garanta o suficiente para a subsistência do réu e a atividade empresarial ao longo do processo. Para tanto, pode o magistrado valer-se, ainda que por analogia, do disposto nos arts. 847, 848, 854 e 866, § 1º, do CPC. Ademais, pode o réu, consoante o caso, pleitear a substituição de bens tornados indisponíveis *a posteriori*, com fundamento no § 6º do art. 16, indicando as razões para tanto.

Preocupado com a atividade empresarial por intermédio do Estado ou de particular em algum regime de cooperação, o § 12 do art. 16 determina que na apreciação do pedido de indisponibilidade de bens, o magistrado deve observar os efeitos práticos da decisão no sentido de adotar medidas que possam acarretar prejuízos à prestação de serviços públicos.

O já mencionado § 13 do art. 16 veda a decretação de indisponibilidade de da quantia de até quarenta salários-mínimos depositados em caderneta de poupança, em outras aplicações financeiras ou em conta corrente. A previsão harmoniza-se, embora em formulação textual mais ampla, com a inciso X do art. 833 do CPC.

¹¹ Tratando do tema na perspectiva do art. 11 da Lei n. 8.429/1992, antes da Lei n. 14.230/2021, v., a título ilustrativo: STJ, 1ª Turma, AgInt no REsp 1.748.560/SC, rel. Min. Benedito Gonçalves, j.un. 10-3-2020, *DJe* 13-3-2020; STJ, 2ª Turma, AgInt no AREsp 1.402.103/SP, rel. Min. Assusete Magalhães, j.un. 9-5-2019, *DJe* 20-5-2019; STJ, 1ª Turma, AgInt no REsp 1.500.624/MG, rel. Min. Sérgio Kukina, j.un. 3-5-2018, *DJe* 5-6-2018 e STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.299.936/RJ, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j.un. 18-4-2013, *DJe* 23-4-2013.

Também é proscrita a indisponibilidade do bem de família do réu, a não ser que se comprove que o imóvel é fruto de vantagem patrimonial indevida, nos moldes do art. 9º (art. 16, § 14)¹². É correto entender, a despeito da literalidade do dispositivo (e do próprio § 13), que a indisponibilidade deve respeitar quaisquer hipóteses de *impenhorabilidade*, por exemplo as do art. 833 do CPC¹³.

Tais considerações são tanto mais pertinentes diante do art. 13 da Lei n. 8.429/1992, segundo o qual, com as modificações nele introduzidas pela Lei n. 14.230/2021, dispõe que:

Art. 13. A posse e o exercício de agente público ficam condicionados à apresentação de declaração de imposto de renda e proventos de qualquer natureza, que tenha sido apresentada à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, a fim de ser arquivada no serviço de pessoal competente.

§ 1º. (revogado)

§ 2º A declaração de bens a que se refere o caput deste artigo será atualizada anualmente e na data em que o agente público deixar o exercício do mandato, do cargo, do emprego ou da função.

§ 3º Será apenado com a pena de demissão, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, o agente público que se recusar a prestar a declaração dos bens a que se refere o caput deste artigo dentro do prazo determinado ou que prestar declaração falsa.

§ 4º (revogado). (BRASIL, 2021)

Por fim, tendo presente o pedido de indisponibilidade de bens disciplinado pelo art. 16 da Lei n. 8.429/1992, na feição que lhe deu a Lei n. 14.230/2021, cabe acentuar que a decisão da primeira instância, que o deferir ou que o indeferir está sujeita ao recurso de agravo de instrumento

¹² A jurisprudência do STJ anterior à Lei n. 14.230/2021 era no sentido de admitir a indisponibilidade do bem de família como fazem prova, por exemplo, os seguintes julgados: 2ª Turma, REsp 1.837.848/SC, rel. Min. Francisco Falcão, j.un. 5-3-2020, *DJe* 10-3-2020; 1ª Turma, AgInt no REsp 1.772.897/ES, rel. Min. Sérgio Kukina, j.m.v. 5-12-2019, *DJe* 16-12-2019; 2ª Turma, EDcl no AgRg no REsp 1.351.825/BA, rel. Min. Og Fernandes, j.un. 22-9-2015, *DJe* 14-10-2015 e 1ª Turma, AgRg no REsp 1.483.040/SC, rel. Min. Benedito Gonçalves, j.m.v. 1º-9-2015, *DJe* 21-9-2015.

¹³ Nesse sentido, v. Mauro Campbell Marques, *A indisponibilidade de bens em ação civil de improbidade administrativa: requisitos e limites na jurisprudência do STJ*, p. 249/252 e Mirna Cianci e Rita Quartieri, *Indisponibilidade de bens na improbidade administrativa*, p. 332.

(art. 16, § 9), que admite sustentação oral naqueles recursos quando dirigidos a decisões que versem acerca da tutela provisória, como é a hipótese aqui referida (art. 937, VIII, do CPC). A expressa previsão do agravo de instrumento especifica o genérico inciso I do *caput* do art. 1.015 do CPC, e acaba sendo reiterada pelo disposto no § 21 do art. 17, incluído pela Lei n. 14.230/2021. Diante da clareza do cabimento do recurso na espécie, mostra-se desnecessária que tal demonstração busque fundamento no tema 988 da jurisprudência repetitiva do STJ que quer flexibilizar o cabimento do agravo de instrumento em situações que não estão expressamente previstas nos incisos do *caput* do art. 1.015 do CPC, mas cujo exame imediato se justifique sob pena de inocuidade de sua reanálise somente ao ensejo do julgamento da apelação (art. 1.009, §§ 1º e 2º, do CPC).

3.1 Legitimidade para o pedido de indisponibilidade

No julgamento das ADI 7042 e 7043, ajuizadas, respectivamente, por Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal (ANAPE) e por Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais (ANAFE), o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), sob a relatoria do Ministro Alexandre de Moraes teve a oportunidade de reconhecer a inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei n. 14.230/2021 que acabaram limitando, ao Ministério Público, a legitimidade para a ação de improbidade administrativa e também para o pedido de tutela provisória a elas relacionadas, ainda que formulados de modo antecedente.

De acordo com o julgamento, a “lógica constitucional de proteção ao patrimônio público” é contrária à monopolização da legitimidade ativa em um só legitimado. Por isso, foi declarada a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto do *caput* e dos §§ 6º–A e 10–C do art. 17 e do *caput* e dos §§ 5º e 7º do art. 17–B, da Lei 8.429/1992, na redação dada pela Lei 14.230/2021, “*de modo a restabelecer a existência de legitimidade ativa concorrente e disjuntiva entre o Ministério Público e as pessoas jurídicas interessadas para a propositura da ação por ato de improbidade administrativa e para a celebração de acordos de não persecução civil*”.

Aplicando tal entendimento para o tema deste artigo é irrecusável a conclusão de que as pessoas de direito público interessadas têm legitimidade ativa para pleitear perante o Poder Judiciário tutelas provisórias relativas aos bens assegurados pela ação de improbidade administrativa,

inclusive em caráter antecedente. Não há razão nenhuma, a não ser o texto legal – afastado pela Suprema Corte em função de seu aprimoramento – para negar àqueles outros entes legitimidade ativa *também* para os pedidos de indisponibilidade, máxime porque não há qualquer menção expressa ao Ministério Público no art. 16 da Lei n. 8.429/1992 na redação que lhe deu a Lei n. 14.230/2021.

4. Afastamento do agente público

Há outra previsão de tutela provisória específica na Lei n. 8.429/1992. A referência é feita ao § 1º do art. 20, na redação que lhe deu a Lei n. 14.230/2021.

De acordo com o dispositivo,

A autoridade judicial competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, do emprego ou da função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida for necessária à instrução processual ou para evitar a iminente prática de novos ilícitos.

Trata-se de medida voltada a garantir a adequada colheita da prova na suposição de que o réu da *ação de improbidade administrativa*, em função do cargo, emprego ou função que exerce, tem condições de criar alguma espécie de embaraço ou dificuldade na colheita das provas destinadas à formação da cognição judicial. Também como forma de evitar que o réu possa praticar novos ilícitos por causa da função que continua a ocupar. O afastamento em tais casos, é o mesmo dispositivo legal que destaca, dá-se sem prejuízo da remuneração.

A função nitidamente *cautelar* da técnica é inegável, não se confundindo com a *antecipação* dos efeitos da tutela jurisdicional que, porventura, pode ter sido requerida consistente na perda da função pública ou na perda do cargo. Para elas, consoante o *caput* do art. 20 da Lei n. 8.429/1992, o trânsito em julgado é a regra¹⁴.

¹⁴ Nesse sentido, dando especial destaque à excepcionalidade da hipótese, v.: STJ, 2ª Turma, REsp 1.779.976/GO, rel. Min. Herman Benjamin, j.m.v 23-2-2021, *DJe* 3-5-2021; STJ, CE, AgInt na SLS 2.627/MG, rel. Min. João Otávio de Noronha, j.un, 25-8-2020, *DJe* 27-8-2020 e STJ, 2ª Turma, REsp 1.523.385/PE, rel. Min. Herman Benjamin, j.un. 13-9-2016, *DJe* 7-10-2016.

Seja pela distinção das regras veiculadas no *caput* e no § 1º do art. 20, seja porque não há razão para negar a amplitude subjetiva da ação de improbidade administrativa, é irrecusável compreender que a suspensão de direitos políticos pode afetar *também* agente *político*¹⁵.

O § 2º do art. 20 da Lei n. 8.429/1992, novidade da Lei n. 14.230/2021, estabelece que o afastamento autorizado pelo § 1º do dispositivo será de até 90 dias, sendo possível sua prorrogação por uma única vez por igual prazo, mediante decisão motivada.

É correto entender que o prazo seja computado em dias *úteis* por estar vinculado ao próprio processo, que aceita a distinção decorrente do parágrafo único do art. 219 do CPC. Não faria sentido que o tempo da suspensão fluísse de maneira a não levar em conta a sistemática dos prazos do próprio processo, dada a sua própria razão de ser.

De outro lado, a prorrogação *por igual prazo* deve ser entendida no sentido de ser admissível prorrogação por até outros 90 dias ainda que, o primeiro período fixado tenha sido inferior ao máximo legal.

Conclusão

Quanto às regras incorporadas à Lei n. 8.429/1992 pela Lei n. 14.230/2021 que destoam da anterior jurisprudência repetitiva do STJ sobre o tema – a referência é feita aos temas 701 e 1055, que se relacionam com a indisponibilidade de bens – é de se dizer que não há espaço para duvidar de que a diretriz legal deve prevalecer sobre o entendimento jurisprudencial pretérito.

Por mais que o CPC de 2015 enalteça a força e a eficácia de determinadas decisões jurisdicionais, dentre elas, as teses fixadas a partir do julgamento de recurso especiais repetitivos, não há como sustentar que a modificação inequívoca da lei não seja, por si só, fator suficiente para que o entendimento anterior perca seu fundamento de validade, independentemente de um cancelamento formal da manifestação jurisprudencial preexistente.

É correto acentuar, de qualquer sorte, que o ideal, dentre do sistema do direito jurisprudencial é que a superação daquele entendimento pela

¹⁵ Visão crítica do tema é a de Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo e Augusto Neves Dal Pozzo, *Afastamento de prefeito municipal no curso de processo instaurado por prática de ato de improbidade administrativa*, p. 79;88, e a de José Augusto Delgado, *Improbidade administrativa: algumas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais sobre a lei de improbidade administrativa*, p. 274; 276.

superveniência da lei em sentido contrário, seja devidamente formalizado pelo próprio STJ¹⁶. Não obstante, dada o inequívoco antagonismo da nova regra com aquele entendimento, é certo admitir que a *observância* dos temas 701 e 1055, tão enfatizada pelo CPC, a partir do disposto no art. 927, III, do CPC, seja descartada.

Bibliografia

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela jurisdicional cautelar e atos de improbidade administrativa. In: SCARPINELLA BUENO, Cassio; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coord.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1992.

BRASIL. Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Seção). Tema repetitivo 701. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DE BENS DO ACIONADO. ART. DA LEI 8.429/92. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE DILAPIDAÇÃO PATRIMONIAL. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DO PERICULUM IN MORA. Relator: Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). *Ação Direta De Inconstitucionalidade 7042/7043*. Os entes públicos que sofreram prejuízos em razão de atos de improbidade também estão autorizados, de forma concorrente com o Ministério Público, a propor ação e a celebrar acordos de não persecução civil em relação a esses atos. Rel.: Min. Alexandre de Moraes, Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2022.

CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita. Indisponibilidade de bens na improbidade administrativa. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Eduardo José da Fonseca; COSTA, Guilherme Recene (coord.). *Improbidade administrativa*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

¹⁶ Foi o que a 1ª Seção do STJ fez, por exemplo, com sua Súmula 212 diante da decisão tomada pelo STF na ADI 4296 que, no que importa para cá, declarou a inconstitucionalidade das vedações à concessão de liminar em mandado de segurança nos casos do art. 7º, § 2º, da Lei n. 12.016/2009.

DELGADO, José Augusto. Improbidade administrativa: algumas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais sobre a lei de improbidade administrativa. *In: SCARPINELLA BUENO, Cassio; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coord.). Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.*

DOTTI, Rogéria Fagundes. *Tutela da evidência: probabilidade, defesa frágil e o dever de antecipar a tempo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.*

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Periculum in mora* presumido nas cautelares sobre bens na Lei de Improbidade Administrativa: reflexões à luz do CPC/2015 e do tema 701 da jurisprudência do STJ. *In: ALVIM, Teresa; KUKINA, Sérgio Luiz; OLIVEIRA, Pedro Miranda de; FREIRE, Alexandre (coord.). O CPC de 2015 visto pelo STJ. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.*

JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha. A tutela processual da probidade administrativa (Lei 8.429, de 1992). *In: SCARPINELLA BUENO, Cassio; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coord.). Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.*

KLAIN, Lucas Pedroso. A indisponibilidade de bens na ação de improbidade administrativa. *Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. v. 307.*

KRAMER, Evane Beiguelman. Considerações acerca do sequestro de bens de que trata a Lei 8.429, de 1992: enfoque da questão sob a ótica da execução da sentença condenatória. *In: SCARPINELLA BUENO, Cassio; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coord.). Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.*

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Comentários acerca da indisponibilidade liminar de bens prevista na Lei 8.429, de 1992. *In: SCARPINELLA BUENO, Cassio; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coord.). Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.*

MARQUES, Mauro Campbell. A indisponibilidade de bens em ação civil de improbidade administrativa: requisitos e limites na jurisprudência do STJ. *In: MARQUES, Mauro Campbell (coord.). Improbidade administrativa: temas atuais e controvertidos. Rio de Janeiro: Forense, 2017.*

POZZO, Antonio Araldo Ferraz Dal; POZZO, Augusto Neves Dal. Afastamento de prefeito municipal no curso de processo instaurado por prática de ato de improbidade administrativa. *In: SCARPINELLA BUENO, Cassio; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coord.). Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.*

SCARPINELLA BUENO, Cassio. ADI 4296 e liminar em mandado de segurança: uma proposta de compreensão de seu alcance. *Suprema: Revista de Estudos Constitucionais*, Brasília, DF, v. 2, n. 1, p. 157/184, 2022.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. v. 1.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso sistematizado de direito processual civil: direito processual coletivo e direito processual público*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 2, tomo III.

VELLOSO FILHO, Carlos Mário. A indisponibilidade de bens na Lei n. 8.429/1992. In: SCARPINELLA BUENO, Cassio; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coord.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

YARSHELL, Flávio Luiz. Lei 8.429, de 1992: ação cautelar sem correspondente ‘ação principal’? In: SCARPINELLA BUENO, Cassio; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coord.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

