

PAULO VINHAS LIMA JUNIOR

**AS CAUTELARES NOMINADAS NA AÇÃO DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA E NO PROCESSO NO TCU: Eficácia na Tutela da Probidade
Administrativa**

BELÉM-PA
CENTRO UNIVERSITÁRIO DO PARÁ
2012

PAULO VINHAS LIMA JUNIOR

**AS CAUTELARES NOMINADAS NA AÇÃO DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA E NO PROCESSO NO TCU: Eficácia na Tutela da Probidade
Administrativa**

Monografia apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário do Pará como requisito parcial para obtenção do Título de Especialista em Processo Civil Individual e Coletivo.

Orientador: Prof. Msc. Michel Ferro e Silva.

BELÉM-PA
2012

PAULO VINHAS LIMA JUNIOR

**AS CAUTELARES NOMINADAS NA AÇÃO DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA E NO PROCESSO NO TCU: Eficácia na Tutela da Probidade
Administrativa**

Monografia apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário do Pará como requisito parcial para obtenção do Título de Especialista em Processo Civil Individual e Coletivo.

Orientador: Prof. Msc. Michel Ferro e Silva.

Banca Examinadora:

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

Aprovada em _____

DEDICATÓRIA

À Clara da Silva Lima, ser humano de caráter exemplar.

Às minhas amadas Ana Cláudia e Mariana.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador, Professor Michel Ferro e Silva, pelo estímulo ao aperfeiçoamento e à busca da excelência no estudo do Direito.

Ao Tribunal de Contas da União pelo incentivo ao estudo dado ao seu corpo técnico.

RESUMO

A generalizada percepção de corrupção pela sociedade brasileira reflete um dos grandes desafios à consolidação do Estado Democrático de Direito: a efetivação do direito difuso à probidade na Administração Pública. O uso de técnicas de tutela eficazes desse direito apresenta-se como uma das soluções para o problema da reduzida eficácia dos controles judicial e administrativo na repressão aos atos de improbidade administrativa. No âmbito do controle administrativo de atos ímprobos, impõe-se ao Tribunal de Contas da União a obtenção célere de provas, prevenção de novos ilícitos e aumento de eficácia dos provimentos de mérito quanto ao ressarcimento de prejuízos ao patrimônio público. Esses desafios são comuns ao controle judicial exercido por meio da Ação de Improbidade Administrativa e reclamam o emprego mais frequente das medidas cautelares previstas no ordenamento jurídico. O presente estudo objetiva demonstrar que as medidas cautelares típicas cabíveis no processo de competência do Tribunal de Contas da União podem ganhar em eficácia e efetividade com a utilização dos paradigmas de interpretação e aplicação desenvolvidos no âmbito da ação de improbidade administrativa. A identidade do direito material tutelado, a similaridade entre as medidas cautelares nominadas cabíveis nas duas espécies de processo autorizam o desenvolvimento do estudo comparativo, nunca deixando de considerar as peculiaridades da função de controle externo judicial e de controle externo administrativo dos tribunais de contas, bem assim as garantias do devido processo legal consagradas na Constituição da República.

Palavras-chave: Probidade Administrativa. Ação de Improbidade Administrativa. Processo no Tribunal de Contas da União. Tutela Cautelar. Medida Cautelar. Eficácia.

ABSTRACT

The widespread perception of corruption in public administration reflects a great challenge to the full establishment of democracy and the rule of Law in Brazil's government: the effective observation of the right to probity in public administration. The use of procedural techniques to enforce this right is envisaged as one of the possible solutions to the reduced efficacy of judicial and administrative controls of Brazilian public administration. In the sphere of administrative control of improbity acts, Brazil's federal court of audit (TCU) faces challenges in swiftly collecting evidence, preventing damage to the Treasury and obtaining restitution of embezzled public funds. These obstacles are shared by judicial authorities that exert control by means of suing public and private agents in Civil Actions of Improbity and demand a new approach towards the use of provisional orders. The present study aims to demonstrate that provisional orders in TCU's administrative procedure would gain in efficiency and efficacy through the application of interpretative paradigms developed by legal scholars and judicial courts for the Civil Action of Improbity. The identity of rights protected, the similarity between the provisional orders usable in the two procedural species authorize a comparative study aimed to maximize the defense of probity while observing the due process of Law and the fundamental rights of the defendants as defined in Brazil's Constitution.

Key Words: Administrative Probity. Civil Action of Administrative Improbity. Procedure in Brazil's Federal Court of Audit (TCU). Power of Caution. Provisional Orders. Efficacy.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 DIREITO À PROIBIDADE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	13
2 CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO E A TUTELA DA PROIBIDADE	19
2.1 <i>Controle Jurisdicional da Administração</i>	19
2.1.1 <i>Considerações Gerais</i>	19
2.1.2 <i>Ação de Improbidade Administrativa</i>	22
2.2 <i>Controle Estatal Administrativo</i>	26
2.2.1 <i>Considerações Gerais</i>	26
2.2.2 <i>Controle Externo pelo Tribunal De Contas da União</i>	28
2.2.2.1 <i>Jurisdição do TCU</i>	28
2.2.2.2 <i>Processo no TCU</i>	32
3 ELEMENTOS DA TEORIA DA TUTELA CAUTELAR	37
3.1 <i>Considerações Gerais</i>	37
3.2 <i>Características da Tutela Cautelar</i>	38
3.2.1 <i>Preventividade</i>	38
3.2.2 <i>Probabilidade do Direito à Tutela do Direito Material</i>	39
3.2.3 <i>Cognição Sumária</i>	39
3.2.4 <i>Temporiedade e Reversibilidade</i>	40
3.2.5 <i>Instrumentalidade</i>	41
3.3 <i>Requisitos da Tutela Cautelar</i>	41
3.3.1 <i>Fumus boni iuris</i>	40
3.3.2 <i>Periculum in mora</i>	43
3.4 <i>Classificação das Medidas Cautelares</i>	43
4 MEDIDAS CAUTELARES NOMINADAS NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	45
4.1 <i>Afastamento Temporário do Agente Público</i>	45
4.2 <i>Indisponibilidade de Bens</i>	48
5 MEDIDAS CAUTELARES NOMINADAS NO PROCESSO NO TCU	54
5.1 <i>Tutela Cautelar no Processo no TCU</i>	54
5.2 <i>Afastamento Temporário do Agente Público</i>	56
5.3 <i>Indisponibilidade de Bens</i>	60
6 CONCLUSÕES	67
7 REFERÊNCIAS	70

INTRODUÇÃO

O estudo dos instrumentos processuais voltados para a tutela do direito difuso à probidade na gestão administrativa do Estado reveste-se da mais alta relevância na atual conjuntura republicana brasileira.

Com efeito, o processo de consolidação do estado democrático de direito em nosso país não parece estar sendo acompanhado pela redução proporcional das práticas que atentam contra o princípio republicano e os vetores constitucionais regentes da Administração Pública em todas as esferas.

A sequência quase ininterrupta de episódios de corrupção e desvio de recursos públicos divulgada pelos órgãos de imprensa transmite ao cidadão comum a impressão de que a imoralidade na gestão da coisa pública é uma doença crônica contra qual é inútil lutar e, portanto, nada lhe resta senão resignar-se com a centenária tradição do “rouba, mas faz”¹.

Em nosso país, lamentavelmente, é de longa e triste tradição a corrupção na gestão pública, fenômeno que tem sido objeto de estudo parte de alguns dos mais notórios cientistas políticos e juristas nacionais². Não obstante o fortalecimento institucional dos órgãos incumbidos do controle administrativo e jurisdicional da gestão pública a partir da Constituição da República de 1988, a percepção dominante é de que as respostas dos controladores estatais mantêm-se lentas e ineficazes e, portanto, incapazes de reprimir as condutas ímprobas e de coibir novas práticas corruptas³.

¹ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 80.

² Francisco Bilac Moreira Pinto, filho do Deputado Bilac Pinto, autor do projeto que resultou na Lei nº 3.502/1958, discorreu sobre a gravidade do fenômeno e a aparente apatia da sociedade brasileira: “A prática de enriquecimento ilícito dos governantes se generalizou tanto que o povo passou a encará-lo como fatalidade, não encontrando estímulos para contra ele reagir. A opinião pública ainda não se advertiu que o locupletamento indevido, por parte dos governantes, somente pode ser obtido mediante a violação dos deveres éticos inerentes aos seus cargos e funções e que cada ato atentatório da deontologia profissional do político ou do administrador implica sempre em alteração das finalidades do Estado, em fazê-lo funcionar em benefício de grupos econômicos ou de indivíduos, e em detrimento do povo, quando o seu escopo é o de sempre atuar sempre no exclusivo sentido da realização do bem-estar social da coletividade. Ao enriquecimento ilícito dos governantes corresponde necessariamente, como contraprestação fatal, o emprobecimento do povo, sob a forma de agravamento de suas condições.”. MOREIRA PINTO, Francisco Bilac apud CAPEZ, Fernando. *Limites Constitucionais à Lei de Improbidade Administrativa*. 1ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 264/265

³ Desde 1995, a Transparência Internacional publica o relatório anual Índice de Percepções de Corrupção (IPC) que ordena os países do mundo de acordo com “o grau em que a corrupção é percebida a existir entre os funcionários públicos e políticos”. A organização define a corrupção como “o abuso do poder confiado para fins privados”. A maior pontuação significa menor percepção de corrupção. Os resultados mostram que sete de cada dez países (e nove de cada dez países em desenvolvimento) possuem um índice de menos de 5 pontos em 10. Os resultados relativos ao Brasil mostram alta percepção de corrupção com índices decrescentes variando de 4.0 a 3.7 no período compreendido entre os anos de 2002 e 2010. fonte: <www.transparencyinternational.org> acesso em 15/01/2011.

Deve-se ponderar que o mal não é peculiar do Brasil, mas aflige a todas as nações em diferentes graus. Os índices de corrupção e desvio de recursos públicos em cada nação variam em função de numerosos fatores sociais, históricos, políticos e econômicos. Tais fatores determinam o desenho jurídico das normas materiais e a modelagem processual preordenada à tutela jurisdicional da probidade nos diferentes sistemas legais.

Em nosso ordenamento jurídico constitucional, a moralidade administrativa goza de status de princípio constitucional explícito e a repressão ao ato de improbidade mereceu tratamento de categoria autônoma no texto da Lei Maior.

Sob o enfoque jurídico-processual, o tema da improbidade administrativa apresenta enormes desafios na medida em que a tutela eficaz da probidade em uma ordem estatal que se proclama democrática de direito deve ser compatibilizada com os direitos e garantias individuais, em especial aqueles relativas ao devido processo legal.

Não obstante a escassez de dados estatísticos, a percepção dominante é de que há um grave desequilíbrio entre a defesa dos interesses da sociedade na boa e regular gestão pública e os direitos individuais daqueles que praticam atos ímprobos. Os raros casos de punição de agentes corruptos e os baixos índices de recuperação dos recursos públicos desviados são evidência desse desequilíbrio. Sob o prisma processual, pode-se dizer que, via de regra, os processos judiciais e administrativos que versam sobre atos de improbidade não resultam em tutela adequada do seu objeto material, uma vez que não têm sido aptos a dar à sociedade respostas eficazes e em prazos razoáveis.

Essa realidade aponta para o questionamento da eficácia e efetividade dos instrumentos jurídico-processuais consagrados em nosso ordenamento positivo para assegurar a tutela adequada do direito de toda a sociedade a um governo honesto, probo e eficiente. Esse movimento de crítica e autocrítica tem impulsionado os estudiosos e intérpretes/aplicadores do direito a buscar formas diferenciadas de tutela que se mostrem aptas a afastar as ofensas ou ameaças de violação às normas impositivas da probidade, em especial no que diz respeito à prevenção de práticas que resultem em lesão ao patrimônio público.

Avulta nesse quadro a importância da tutela cautelar uma das técnicas processuais aptas a dar efetividade à proteção dos bens jurídicos ameaçados pelos atos de improbidade. A possibilidade de conferir segurança e arrostar ameaças de lesão ao patrimônio público e aos princípios constitucionais regentes da Administração Pública confere inestimável importância

aos provimentos cautelares, tendo em vista a notória dificuldade de obter-se recomposição de prejuízos ao Erário ou o desapossamento de bens obtidos ilicitamente.

A expansão dessa modalidade de tutela de urgência tem sido notável, destacando-se, na esfera jurisdicional, as cautelares em ações civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público e, na esfera administrativa, pelo Tribunal de Contas da União (TCU) nos casos de irregularidades graves em licitações e contratos públicos e de causação de prejuízos ao patrimônio público. Não por outra razão, têm-se constatado reação de setores governamentais e empresariais contra o que reputam abusos de direito cometidos pelos órgãos de controle governamental⁴.

Na esfera do controle jurisdicional da probidade na Administração Pública, a utilização das medidas de natureza cautelar em defesa da probidade tem sido frequente em ações populares e, sobretudo, em ações civis públicas ajuizadas com base na Lei de Improbidade Administrativa, as quais integram o denominado micro sistema de tutela de interesses coletivos.

Nada obstante, o exame da jurisprudência dos órgãos judiciais em comparação com a do TCU evidencia que ainda é reduzida a utilização de providências cautelares na jurisdição de contas, em especial aquelas voltadas para a segurança na obtenção de provas ou para garantia de futuro ressarcimento de prejuízos causados ao erário apurados em processos de fiscalização ou de prestação de contas.

Ainda assim, o tema da efetividade no âmbito dos tribunais de contas ganha crescente relevância, tendo em vista que a natureza peculiar da atividade de julgamento de contas desenhada no texto Constitucional direciona-se a assegurar a eficácia e efetividade na gestão dos recursos públicos, o que, em última análise, constitui meio de concretização dos direitos fundamentais. Os provimentos cautelares em processos de contas representam importante viés de eficácia na tutela da probidade, uma vez que os processos de fiscalização e de contas do TCU têm entre os seus escopos a defesa da juridicidade da gestão pública. Sob esse viés, a doutrina e jurisprudência relativas às tutelas de urgência nos processos coletivos apresentam-se como referencial importante para o aperfeiçoamento teórico das cautelares emanadas pelas cortes de contas.

⁴ Dignas de nota são as iniciativas legislativas como o projeto da denominada “Lei da Mordaza” direcionada à limitação das prerrogativas de membros do Ministério Público e as propostas de emenda constitucional prevendo a extinção do Tribunal de Contas da União.

Por outro lado, o arcabouço conceitual relativo ao processo cautelar foi construído pela dogmática jurídica do processo judicial civil, dentro de uma concepção instrumental do processo cautelar como meio de defesa da eficácia da prestação jurisdicional. O manejo da tutela cautelar no âmbito da jurisdição administrativa é matéria relativamente recente, encontrando escasso desenvolvimento teórico no âmbito da doutrina.

O presente estudo objetiva examinar e contrastar os instrumentos de natureza cautelar previstos na Lei de Improbidade Administrativa e aqueles cabíveis nos processos de controle externo do TCU sob o enfoque de sua eficácia para a defesa da probidade administrativa. Justifica-se essa abordagem pela identidade do direito material tutelado nas duas esferas de controle e, principalmente, pela similaridade das medidas cautelares típicas ou nominadas previstas nas normas de regência aplicáveis.

Partindo da investigação acerca da conceituação e natureza jurídica do direito à probidade administrativa, o estudo apresenta as linhas gerais da tutela jurisdicional da probidade, com ênfase na Ação de Improbidade Administrativa. Passando ao panorama amplo da defesa da probidade no âmbito administrativo, são esboçados os contornos da jurisdição e do processo no TCU.

Prosseguindo com o esboço dos pressupostos teóricos para a discussão principal, são expostos aspectos essenciais da teoria do processo cautelar, enfatizando o posicionamento doutrinário julgado mais adequado para a compressão da natureza e funções dessa modalidade de tutela de urgência.

A parte final do trabalho enfoca as medidas cautelares típicas previstas na Lei de Improbidade Administrativa à luz da doutrina e jurisprudência sobre o tema e, em seguida, discutem-se as providências cautelares típicas capituladas na Lei Orgânica do TCU em contraste com os precedentes da citada corte de contas e arcabouço dogmático desenvolvido acerca da ação de improbidade administrativa.

1 DIREITO À PROIBIDADE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A contemporânea exegese do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, consagrado no art. 5º inciso XXXV da Constituição da República, não mais se contenta com uma perspectiva do acesso à jurisdição traduzida pelos postulados da universalidade do direito de ação e de garantias relativas ao devido processo legal em sua acepção formal⁵.

Na atual quadratura histórica, a inteligência da diretriz constitucional do acesso à tutela jurisdicional deve corresponder a uma concepção de ação como direito fundamental no Estado Democrático de Direito. Essa nova perspectiva tem como pilares a igualdade substancial no exercício do direito de ação e o acesso à tutela jurisdicional adequada, o que significa aquela apta a dar efetividade no plano fático aos direitos consagrados no ordenamento jurídico.

Assim, entende-se que o direito de ação compreende não somente a faculdade de exercer perante o Estado a pretensão à tutela jurisdicional do direito, mas também o direito à ação processual mais adequada à tutela efetiva desse direito, conforme ensina Luiz Guilherme Marinoni⁶:

Ora, se é inquestionável que o autor tem direito de exercer a pretensão à tutela jurisdicional do direito através da ação, é evidente o seu direito de exercer a ação processual que lhe permita obter a tutela jurisdicional do direito. Quer dizer que o autor tem, ao lado do direito à tutela jurisdicional do direito – decorrente do próprio direito material –, o direito à ação adequada à tutela do direito (ou o direito à tutela jurisdicional efetiva) – garantido pelo art. 5º, XXXV da CF. Portanto, tem os direitos de influir sobre o conhecimento do juiz e de utilizar as técnicas processuais capazes de permitir a efetiva tutela do direito material.

Partindo-se dessas premissas, deve-se concluir que a investigação sobre técnicas de tutela jurisdicional de direitos não pode ser feita de modo abstrato, mas antes deve estar em consonância com a natureza do direito material a ser protegido. Considerando que o objeto deste estudo são as providências cautelares enquanto técnica processual para tutela da proibidade, partiremos da delimitação do seu objeto material, o que importa em precisar o conceito de proibidade e fixar seu status no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro.

⁵ Freitas Câmara ao esclarecer que o princípio tem como destinatário, além do legislador, o juiz, assevera que “se a Constituição garante a todos o direito de acesso ao Judiciário, a tal direito deve corresponder – e efetivamente corresponde – um dever jurídico, o dever do Estado de tutelar as posições jurídicas de vantagem que estejam realmente sendo lesadas ou ameaçadas. Tal tutela deve ser prestada pelo Estado, porém, não pode ser meramente formal, mas verdadeiramente capaz de assegurar efetividade ao direito material lesado ou ameaçado para o qual se pretende proteção”. FREITAS CÂMARA, Alexandre, Lições de Direito Processual Civil. 19ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 48

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação da Tutela. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 25.

A doutrina ainda não firmou consenso acerca do conceito de probidade administrativa. Considerando o escopo do presente trabalho, deixamos de adentrar o amplo debate teórico sobre os contornos exatos da probidade. Julgamos suficiente apresentar sinteticamente as duas linhas conceituais predominantes.

A corrente mais tradicional postula que a probidade é um imperativo derivado do princípio da moralidade administrativa e tem por conteúdo a honestidade, a lealdade e a boa-fé que devem pautar comportamento dos agentes incumbidos da gestão da coisa pública⁷. A probidade seria, portanto, uma espécie de moralidade administrativa qualificada e, portanto, somente ações informadas por desonestidade, deslealdade ou má-fé poderiam ser caracterizadas como ímprobas.

A doutrina mais recente, todavia, considera que o conceito jurídico de probidade administrativa não está adstrito a uma forma qualificada de moralidade, mas antes abarca em seu escopo a imposição de dever ao administrador de pautar-se de acordo com conjunto dos vetores constitucionais regentes da Administração: legalidade, moralidade, publicidade e eficiência⁸.

⁷ Ilustra com clareza esse concepção a lição de Marcelo Figueiredo: “Entendemos que a probidade é espécie do gênero “moralidade administrativa” a que alude, “v.g.”, o art. 37 “caput” e seu § 4º, da CF. O núcleo da probidade está associado (deflui) ao princípio maior da moralidade administrativa; verdadeiro norte à administração em todas as suas manifestações. Se correta estiver a análise, podemos associar, como faz a moderna doutrina do direito administrativo, os atos atentatórios à probidade como também atentatórios à moralidade administrativa. Não estamos a afirmar que ambos os conceitos são idênticos. Ao contrário, a probidade é peculiar e específico aspecto da moralidade administrativa. Assim, ofensas aos princípios da lealdade, da boa-fé, da boa administração, estão igualmente contidas na lei, ao lado das situações lá descritas como ensejadoras de punição. É dizer, a lei, quando alude à “probidade”, determina ao intérprete sacar seu conteúdo da Constituição e da lei.”⁷ FIGUEIREDO, Marcelo. op. cit. p. 2.

No mesmo sentido é o entendimento de Marçal Justen Filho ao asseverar que “a improbidade se configura com a violação de um dever específico, que é o respeito à moralidade. Não se confunde improbidade com ilicitude em sentido amplo. Pode haver ilicitude sem haver improbidade.” op. cit. p. 828.

⁸ Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves fazem distinção entre a origem etimológica do termo probidade e sua conceituação jurídico-positiva: “De Plácido e Silva conceituou improbidade da seguinte forma: “derivado do latim *improbitas* (má qualidade, imoralidade, malícia), juridicamente, liga-se ao sentido de desonestidade, má fama, incorreção, má conduta, má índole, mau caráter. Desse modo, improbidade revela a qualidade do homem que não procede bem, por não ser honesto, que age indignamente, por não ter caráter, que não atua com decência, por ser amoral. Improbidade é a qualidade do ímprobo. E ímprobo é o mau moralmente, é o incorreto, o transgressor das regras da lei e da moral. Para os romanos, a improbidade impunha a ausência da *existimatio*, que atribui aos homens o bom conceito. E sem *existimatio*, os homens se convertem em *homines intestabiles*, tornando-se inábeis, portanto, sem a capacidade ou a idoneidade para a prática de certos atos. “*Qui sierit testatier, librepensv fuerit, ni tetimonium feriat, improbus intestabilisque esto*”.

Como já tivemos a oportunidade de dizer, de acordo com a sistemática atualmente vigente no direito positivo pátrio, a improbidade não está superposta à imoralidade, tratando-se de conceito mais amplo que abarca não só os comportamentos morais como também os demais princípios regentes da atividade estatal, o que não deixa de estar em harmonia com suas raízes etimológicas. Justifica-se, pois, sob a epígrafe do agente público de *boa qualidade* somente podem estar aqueles que atuem em harmonia com as normas a que estão sujeitos, o que alcança as regras e os princípios. Estes, por sua vez, certamente não se limitam à moralidade administrativa, daí a noção de juridicidade” (grifo do autor). op. cit. p. 105.

Essa distinção tem repercussões importantíssimas no plano da tutela jurisdicional e administrativa da probidade, uma vez que a adoção da concepção mais restrita deixa de fora do alcance das normas repressoras da improbidade atos decorrentes de desídia, incompetência ou negligência, os quais, como se sabe, podem ser tão ou mais deletérios ao interesse público primário que algumas condutas desonestas.

Posicionamo-nos na linha dos pensadores que, como fazem Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves⁹, entendem não ser mais possível conceber que atos praticados com grave ofensa aos princípios da legalidade, publicidade e eficiência estejam fora da esfera de responsabilização por improbidade administrativa.

Segundo essa vertente conceitual, que já encontra respaldo na jurisprudência¹⁰, a noção jurídica de probidade administrativa vincula-se à de juridicidade na conduta do agente público, ou seja, a adesão ao conjunto de princípios e regras que compõe o regime de direito público aplicável àqueles que atuam em nome do Estado.

Esboçado o conceito de probidade, cumpre perquirir de sua natureza jurídica, a qual determinará o perfil dos instrumentos processuais para a sua tutela. Não obstante algum dissenso¹¹, entende a melhor doutrina que a existência de um direito de exigir comportamento probo dos agentes públicos encontra-se encartada no feixe de direitos subjetivos que assiste

No mesmo sentido posicionam-se Pedro Roberto Decomain (DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Dialética, 2007. p. 24), Fábio Medina Osório (OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade Administrativa*. Porto Alegre: Síntese, 1997. p. 55-56) e Wallace Paiva Martins Júnior (op. cit. p. 104/105)

⁹ Advertem Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves que “Deve ser objeto de novas reflexões o entendimento de que “a lei não pune o administrador incompetente, mas unicamente o desonesto”, máxime quando se constata a inclusão do princípio da eficiência no rol constante do art. 37, caput, da Constituição. Incompetência e eficiência veiculam premissas conceituais que se excluem, não sendo suscetíveis de coexistir harmonicamente como vetores da atividade estatal.” op. cit. p. 49.

¹⁰ Assim entendeu o STJ no REsp 708.170-MG, em cuja ementa restou consignado que: “[...] Diante das Leis de Improbidade e de Responsabilidade Fiscal, inexistente espaço para o administrador “desorganizado” e “despreparado”, não se podendo conceber que um Prefeito assumira a administração de um Município sem a observância das mais comezinhas regras de direito público. Ainda que se cogite não tenha o réu agido com má-fé, os fatos abstraídos configuram-se atos de improbidade e não meras irregularidades, por inobservância do princípio da legalidade.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 708.170-MG Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª T, DJ 19/12/2005 p. 355. No mesmo sentido: STJ, REsp 880.662, 2ª T, Rel Min. Castro Meira, 15/2/2007, DJ 19-2-2005, p. 255

¹¹ Martins Júnior sintetiza e rechaça os argumentos contrários à visão da probidade na Administração como direito difuso: “Por tais considerações, resulta acertada a opinião de Rodolfo de Camargo Mancuso ao demonstrar que o direito a uma Administração Pública proba, constante dos arts. 5º, LXXXIII, e 37 da Constituição Federal, é um direito subjetivo público, na linha do que já afirmara anos antes Hely Lopes Meirelles. Embora Têmis Limberg entenda a inexistência de direito público subjetivo à Administração Pública proba, porque não há dispositivo legal assecuratório desse direito, e o indivíduo não pode defendê-lo isoladamente, observa que existe um interesse de natureza difusa (pertencente a todo cidadão em geral e a nenhum em particular). É correto apontar a natureza difusa, mas não convence negar a existência do direito, prescrito no art. 37 da Constituição Federal. E o fato de a titularidade ser difusa não transforma direito em interesse: A Lei Federal n. 8.078/90 trata tanto da proteção de direitos como de interesses transindividuais.” op. cit. p. 96.

aos cidadãos em um estado democrático de direito que adota regime de governo republicano¹².

Importa consignar, em rápidas linhas, que a república é um regime de governo caracterizado pela soberania do povo, em oposição à concentração do poder político em um soberano, típica dos regimes monárquicos absolutistas. Nas repúblicas democráticas, os governantes são eleitos para exercer mandatos temporários e devem prestar contas à sociedade de todos os atos de administração estatal¹³.

O exercício das funções estatais no regime democrático e republicano mostra-se indissociável da idéia de todos os agentes que as exercem o fazem exclusivamente como mandatários de toda a coletividade, reconhecendo-se que os chamados “poderes estatais” nada mais são que delegação feita pelo verdadeiro titular do poder que é o povo. O mandato conferido aos agentes políticos e a todos os que se enquadram no conceito de agente público deve ser permanentemente legitimado pela observância estrita das finalidades públicas que justificam a existência do Estado e tornam necessária a manutenção de uma estrutura administrativa pública.

Em nosso desenho jurídico-constitucional, o art. 37 da Constituição da República instituiu a legalidade, moralidade, publicidade e eficiência como vetores regentes da atuação dos que exercem “poderes” na Administração Pública. Agente probo, sob o prisma constitucional, é aquele que administra dentro dos ditames principiológicos constitucionais, legitimando o exercício da parcela de “poder” estatal que constitui sua competência.

¹² Segundo Juarez de Freitas o direito à boa administração é, na verdade, um conjunto de direitos subjetivos públicos, destacando-se os seguintes: “ a) o direito à administração pública transparente, que implica evitar a opacidade (princípio da publicidade), salvo nos casos em que o sigilo se apresentar justificável, e ainda assim não-indefinidamente, com especial ênfase às informações inteligíveis sobre a execução orçamentária; b) o direito à administração dialógica, com as garantias do devido processo (inclusive com duração razoável), o que implica em dever de motivação consistente e proporcional; c) o direito à administração pública imparcial, isto é, aquela que não pratica a discriminação negativa de qualquer natureza; d) o direito à administração pública proba, o que veda condutas éticas não-universalizáveis; e) o direito à administração pública respeitadora da legalidade temperada e sem “absolutização” irrefletida das regras, de modo que toda e qualquer competência administrativa supõe habilitação legislativa; f) o direito à administração pública eficiente e eficaz, além de econômica e teleologicamente responsável, redutora dos conflitos intertemporais, que só fazem aumentar os chamados custos de transação.” FREITAS, Juarez de Apud MARTINS, Fernando Rodrigues. Controle do Patrimônio Público. Comentários à Lei de Improbidade Administrativa. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 65

¹³ Conforme explica sucintamente Fernando Capez: “Esse princípio republicano é um dos pilares do Estado brasileiro. O termo “república” equivale a uma forma de governo que se contrapõe à monarquia e designa uma coletividade política com as características de *res publica*, no seu sentido originário de coisa pública. Nesse sistema, ao contrário do monárquico, o poder não é titularizado por uma única pessoa (o monarca, rei ou imperador), mas por toda a coletividade, que na verdade é o próprio povo. Em outras palavras, na república, o governante não é o titular, mas mero representante dos reais detentores do poder. Nota-se claramente que, no regime republicano, o exercente do poder não governa nem administra o que lhe pertence, sendo um delegado da vontade popular e gerenciador do patrimônio público”. CAPEZ, Fernando. Limites Constitucionais à Lei de Improbidade Administrativa. 1ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 233

O direito à probidade na administração pública apresenta-se, portanto, como um direito público que assiste aos titulares do poder na República, ou seja, a todos os membros do corpo social¹⁴. Enquadra-se, portanto, na categoria de direitos difusos, entendidos como aqueles transindividuais, de natureza indivisível e de titulares indetermináveis¹⁵.

Não obstante a existência do interesse do Estado na probidade da administração pública, o denominado interesse público secundário, a tutela da probidade está fundada em sua natureza de direito difuso por excelência¹⁶. Nesse sentido manifesta-se Fernando Rodrigues Martins¹⁷:

Muito embora patrimônio público e moralidade administrativa se liguem de forma intensa, senão na integralidade, às manifestações do Estado, e, por conseguinte, restem avaliadas ante o cariz do interesse público, ao que parece, em termos de classificação, estariam mais voltadas a pertencer aos chamados direitos fundamentais de terceira geração ou terceira dimensão, e, mais especialmente, “direitos de solidariedade”.

É que, a despeito do patente interesse público, revela-se por indicação expressa da Constituição Federal o interesse difuso, como instância processual legitimadora para a sua defesa coletiva (e não individual) pelo Ministério Público e outros legitimados. Portanto, a evidência de tratar-se de manifestações de Estado sob orientação de interesse público não afasta em qualquer hipótese a indicação constitucional de interesse difuso, mesmo porque o interesse público está distribuído em todas as gerações ou dimensões de direitos fundamentais.

Por essas razões, toda a hermenêutica das normas processuais atinentes à tutela da probidade deve ser presidida princípios da supremacia do interesse público e da eficácia imediata dos direitos e garantias fundamentais, impondo-se ao intérprete/aplicador a busca das técnicas de tutela adequadas à realização concreta do direito de todos à boa Administração Pública.

¹⁴ Não é outra a conclusão de Fernando Capez sobre o tema: “O direito à administração proba, correta, impessoal e voltada para o bem comum é um interesse afeto à toda coletividade e, portanto, difundido entre um número indeterminado de pessoas. Desse modo, ganha a conotação de interesses difusos.” op. cit. p. 278-279.

¹⁵ Nos termos do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, os interesses difusos são aqueles “transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”. Os interesses ou direitos coletivos, por sua vez, são aqueles “de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”. Por fim, os interesses ou direitos individuais homogêneos são aqueles “decorrentes de origem comum”.

¹⁶ Fernando Rodrigues Martins acentua o caráter mais amplo da visão do direito fundamental à moralidade em relação ao interesse público secundário também incidente sobre o mesmo objeto: “Ainda relevante sublinhar que é o interesse público primário que motiva a tutela e defesa do patrimônio público e do patrimônio da moralidade, enquanto direitos fundamentais à disposição do cidadão, de forma mais abrangente que o interesse público secundário. Isso não quer dizer que o interesse público secundário não se ocupe do patrimônio público, até porque há nítida referência, neste âmbito de segundo plano, ao erário, todavia não no viés de direito fundamental, senão na idéia de economicidade pública, o que mais aproxima o Estado na defesa de seus próprios interesses privados” op. cit. p. 167-168.

¹⁷ op. cit. p. 62/63.

Considerando, por outro lado, que a realização plena dos direitos fundamentais dos cidadãos é a finalidade suprema de toda a Administrativa Pública, seja estatal ou não estatal¹⁸, a defesa da probidade impõe-se não somente aos órgãos que exercem o controle externo jurisdicional, mas também às instâncias controladoras externas parlamentar e administrativa da Administração Pública, bem como também internamente à própria administração.

A arquitetura normativa do sistema de defesa da probidade alcança, portanto, um amplo espectro de atuação dos controles internos e externos da administração, fazendo uso de instrumentos preventivos e repressivos das condutas violadoras do direito de toda a comunidade social a uma administração honesta, transparente, eficiente e eficaz.

¹⁸ Marçal Justen Filho esclarece que o direito administrativo se vincula à realização de direitos fundamentais em dois planos distintos: pela limitação dos poderes estatais e por meio da realização dos direitos e interesses coletivos. Sob esse último aspecto, observa que “o direito administrativo tem um compromisso com a realização dos interesses coletivos e com a produção ativa de valores humanos. Há valores fundamentais a serem realizados, cuja afirmação é inquestionável e cuja produção não pode ser deixada à escolhas individuais e egoísticas. O direito administrativo é o instrumento jurídico e social para a atuação dessas organizações e para a realização dessas atividades. Essa é a faceta que se diria de atuação positiva ou comissiva.”. op. cit. p. 3

2 TUTELA JURISDICIONAL DA PROBIDADE

2.1 Controle jurisdicional da administração pública

2.1.1 Considerações gerais

Impende situar, de início, a tutela da probidade dentro do quadro do controle da Administração Pública. Maria Sylvia Zanella de Pietro¹⁹ conceitua essa função como poder estatal de fiscalização e correção exercido pelos três poderes da República sobre a Administração Pública, com o objetivo de garantir a conformidade de sua atuação com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico.

Nosso modelo constitucional de controle da Administração Pública, todavia, é mais abrangente, pois compreende também controle exercido diretamente pelo cidadão - o denominado controle social fundado no princípio da soberania popular - ao lado do controle que o próprio Estado exerce sobre seus órgãos e entidades.

O controle estatal da Administração Pública é tradicionalmente dividido em interno - entendido como função administrativa permanente exercida internamente pelos órgãos estatais -, e controle externo - exercido como atividade finalística por órgãos estatais externos ao ente controlado²⁰.

O sistema de controle externo estatal vincula-se à técnica de divisão das funções estatais e adoção de freios e contrapesos típicos de sistemas republicanos e democráticos, como o adotado por nossa Constituição, os quais servem de barreira ao arbítrio e de garantia do respeito aos direitos fundamentais²¹. Dentro desse modelo, incumbe ao Poder Legislativo o

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 9ª Ed. São Paulo: Ed. Atlas, 1998. p. 478.

²⁰ Nessa linha a definição proposta por Fernando Rodrigues Martins: “O Controle da Administração nada mais é do que a fiscalização exercida pelo Poder Público ou pelo cidadão quanto à atuação dos diversos órgãos da Administração direta ou indireta, de qualquer esfera federativa ou de qualquer Poder. Pela definição acima proposta, deve-se entender que a fiscalização levada a efeito, tanto pelo Poder Público quanto pelo cidadão, não tem somente o caráter de aferição, mas principalmente de monitoração e de correção dos atos praticados pela Administração Pública. E, levando-se em consideração a extensão dos efeitos da correção do ato, o controle também pode ser caracterizado por sanções. Com o advento da nova ordem constitucional, o controle da Administração foi destinado ao próprio Estado, que o pratica de forma interna ou externa. O controle interno é realizado pela Administração e seus órgãos; já no externo o controle é efetivado por outros entes do Estado que não fazem parte da Administração (Legislativo e Judiciário), ou, ainda, pela Administração Pública direta em face das entidades indiretas a ela vinculadas.” op. cit. p. 314/315.

²¹ Sobre essa técnica de organização estatal consagrada na Lei Maior afirma Alexandre de Moraes: “A Constituição Federal, visando, principalmente, evitar arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, previu a existência dos Poderes do Estado e da Instituição do Ministério Público, independentes e harmônicos entre si, repartindo entre eles as funções estatais e prevendo prerrogativas e imunidades para que

controle político-administrativo externo dos atos do Poder Executivo e ao Poder Judiciário o exercício do controle externo dos atos da Administração Pública que configurem lesão ou ameaça de lesão a direitos subjetivos ou ao denominado interesse público primário.

É amplo o raio de abrangência do controle externo jurisdicional²² da Administração, uma vez que, por força do preceituado no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República, compreende atuação controladora sobre atos de qualquer dos poderes do Estado, inclusive do próprio Judiciário no exercício de função administrativa²³.

É que em nosso ordenamento jurídico houve opção pelo sistema de unidade de jurisdição, inexistindo a jurisdição administrativa contenciosa adotada em outros países²⁴. Acentue-se que o controle jurisdicional é caracterizado pela incidência do princípio dispositivo, entendido como a necessidade de provocação do juiz para que se inicie o processo, e o objetivo de aferir a juridicidade da atuação dos órgãos e agentes do Estado.

Tradicionalmente no Brasil, o controle jurisdicional da Administração apresenta feição predominantemente repressiva, tendo em vista o escopo de anular atos administrativos viciados e sancionar penal e civilmente aqueles que lesionam bens jurídicos administrativos, cumprindo as finalidades de retribuição ao infrator e dissuasão dos agentes públicos e privados da prática de ilegalidades contra a Administração. Cumpre destacar que o controle jurisdicional repressivo abrange igualmente as ações de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos do Poder Público, as quais não tutelam direitos individuais, mas a própria integridade e supremacia normativa da Constituição.

Ao lado desses escopos públicos, desenvolveu-se a esfera de controle relativa à violação de direito subjetivo individual por agente da administração²⁵, dentro da qual se

bem pudessem exercê-las, bem como criando mecanismos de controle recíprocos, sempre como garantia da perpetuidade do Estado Democrático de Direito.” MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 22ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

²² Utiliza-se aqui o termo jurisdicional na acepção consagrada na tradição jurídica brasileira como relativo à função exercida pelo Poder Judiciário, sem embargo de nossa opinião de que o termo jurisdição comporta entendimento mais amplo, conforme desenvolvido no nº 3.2.2.1 infra.

²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, op. cit. p. 493.

²⁴ Conforme ensina José dos Santos Carvalho Filho: “**O sistema do contencioso administrativo**, também denominado **sistema de dualidade de jurisdição** ou **sistema francês**, se caracteriza pelo fato de que, ao lado da Justiça do Poder Judiciário, o sistema contempla a **Justiça Administrativa**. Esse sistema, adotado pela França e pela Itália entre outros países sobretudo europeus, apresenta juízes e tribunais pertencentes a poderes diversos do Estado. Em ambas as Justicas, as decisões proferidas ganham o revestimento de *res iudicata*, de modo que a causa decidida em uma delas não pode mais ser reapreciada pela outra.” (grifos do autor). CARVALHO FILHO, José dos Santos Manual de Direito Administrativo. 14ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p. 807/808.

²⁵ Nesse sentido, Marçal Justen Filho distingue a tutela atinente a direito subjetivo daquela relativa a interesse jurídico: “O controle atinente a direito subjetivo se instaura a propósito da invocação de um direito subjetivo, na

destacam as ações de responsabilidade civil do Estado, o *habeas corpus*, o *habeas data* e o mandado de segurança individual²⁶.

Sob o viés da tutela de interesses ou direitos coletivos, o nosso sistema prevê a responsabilização criminal e civil por atos que configurem lesão aos bens jurídicos tutelados por normas penais e civis relativas relacionados à probidade administrativa, integridade do patrimônio público e ao bom e regular funcionamento dos serviços públicos.

Assim, além das ações criminais, foram instituídos pela Constituição da República e disciplinados em legislação extravagante à codificação processual civil um conjunto de ações civis voltadas para a tutela dos direitos e interesses coletivos como a ação popular, o mandado de segurança coletivo e a ação civil pública. Essas ações configuram dimensão de controle jurídico e também de exercício do controle político do Estado pela sociedade pela via do Judiciário²⁷.

A moderna doutrina processual brasileira desenvolveu concepção teórica voltada para o tratamento sistemático da tutela jurisdicional de direitos metaindividuais: o microsistema processual para tutela de direitos coletivos. Esse modelo teórico tem tido ampla aceitação doutrinária e já é reconhecido, também, pela jurisprudência de nossos tribunais²⁸. Postula essa

acepção privatística do termo. Ou seja, trata-se da invocação da tutela jurisdicional para proteger faculdades determinadas e precisas, asseguradas ao sujeito por participar de uma relação jurídica específica e que representam uma vantagem (usualmente patrimonial) em seu benefício. No âmbito da atividade administrativa, um exemplo de controle jurisdicional fundado em direito subjetivo é o mandado de segurança. [...]

Já o controle relacionado a interesse jurídico faz-se de modo independente de uma relação jurídica entre as partes. O autor não pretende fazer valer uma faculdade diretamente em proveito próprio. Não invoca o direito subjetivo de obter uma prestação que o beneficia de modo específico. Nesta modalidade de controle jurisdicional, o sujeito invoca sua condição de membro da comunidade, o que é o bastante perante a lei para autorizar sua invocação de controle jurisdicional sobre o ato administrativo". op. cit. p. 904-905

²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, op. cit. p. 499.

²⁷ Willis Santiago Guerra Filho destaca a dimensão de participação política e cidadã dos processos coletivos, observando que as ações constitucionais para tutela de direitos fundamentais deslocam para o Poder Judiciário parte importante do poder político no Estado Democrático de Direito. GUERRA FILHO. GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo Constitucional e Direitos Fundamentais. 5ª Edição. Editora: SRS Editora, 2007. p. 24-25.

²⁸ EMENTA. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DE INTERESSES OU DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. ARTS. 127 E 129, III E IX, DA CF. VOCAÇÃO CONSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITO À SAÚDE. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. RELEVÂNCIA PÚBLICA. EXPRESSÃO PARA A COLETIVIDADE. UTILIZAÇÃO DOS INSTITUTOS E MECANISMOS DAS NORMAS QUE COMPÕEM O MICROSSISTEMA DE TUTELA COLETIVA. EFETIVA E ADEQUADA PROTEÇÃO. RECURSO PROVIDO.

[...]

5. Os arts. 21 da Lei da Ação Civil Pública e 90 do CDC, como normas de envio, possibilitaram o surgimento do denominado Microsistema ou Minissistema de proteção dos interesses ou direitos coletivos amplo senso, no qual se comunicam outras normas, como o Estatuto do Idoso e o da Criança e do Adolescente, a Lei da Ação Popular, a Lei de Improbidade Administrativa e outras que visam tutelar

doutrina que a ação coletiva para a tutela de direitos difusos e coletivos é regida pelo conjunto formado pelas Leis nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) e nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), e as demais normas que regulam ações voltadas para a defesa dos direitos metaindividuais²⁹.

Como já assinalado, todavia, não se trata de uma única ação coletiva, mas sim de um conjunto de ações, de que podem lançar mão os legitimados sempre que se apresentem adequadas à tutela desses direitos. Nesse sentido, claramente estabelece o art. 83 do Código de Defesa do Consumidor que, para a defesa dos direitos difusos e coletivos, são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela³⁰. Conclui-se, portanto, que o microssistema é integrado por um plexo de ações, todas elas rotuladas de “ação coletiva”, mas que se mostram distintas entre si com as peculiaridades de cada direito carente de tutela.

A ação para tutela da probidade administrativa integra esse conjunto de ações, uma vez que é ação de controle externo jurisdicional voltada para a proteção de direito difuso por excelência. Não obstante integrar o denominado microssistema de tutela de direitos coletivos, diferencia-se a ação de improbidade administrativa por seu escopo essencialmente repressivo das condutas que violem os princípios dirigentes da Administração, em especial aqueles lesivos ao Erário ou que importem em enriquecimento ilícito, conforme examinado no subitem 3.2 infra.

2.1.2 Ação de Improbidade Administrativa

Esboçado o quadro amplo do controle jurisdicional da Administração Pública e do posicionamento da ação de improbidade no microssistema de tutela jurisdicional dos direitos metaindividuais, cumpre empreender breve exame da ação de improbidade administrativa.

Encontra-se no art. 37 da Constituição da República a base jurídica para a ação de improbidade, observando-se que, no caput do dispositivo, são estabelecidas as normas

direitos dessa natureza, de forma que os instrumentos e institutos podem ser utilizados com o escopo de "propiciar sua adequada e efetiva tutela" (art. 83 do CDC). (grifo nosso)

6. Recurso especial provido para determinar o prosseguimento da ação civil pública.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 695396/RS, Relator Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe de 27/04/2011.

²⁹ MAZZEI, Rodrigo Reis. Ação popular e o microssistema da tutela coletiva. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; MOUTA, José Henrique (Coord.) Tutela jurisdicional coletiva. Salvador: Jus Podivm, 2009. p. 380-381

³⁰ O Art. 83 do Código de Defesa do Consumidor estipula que “Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.”

principiológicas aplicáveis à função administrativa do Estado Administração Pública, e, em seu parágrafo 4º, estão dispostas as sanções para os atos de improbidade: suspensão de direitos políticos, perda da função pública e ressarcimento ao erário, ressalvando a aplicação das sanções penais cabíveis em decorrência desses atos.

Do acima exposto, verifica-se que a norma constitucional instituiu uma categoria autônoma de ilícito ao lado das tradicionais categorias de ilícito penal, civil e administrativo-disciplinar: o ato de improbidade. Ao conceituar o ato de improbidade, Alexandre de Moraes³¹ destaca a natureza civil dessa modalidade de ato antijurídico, entendido civil aqui como não penal, acentuando, ainda, o paradigma principiológico que lhe serve de substrato.

Não obstante o consenso da doutrina e jurisprudência quanto à natureza não penal do ato de improbidade e, conseqüentemente, da ação voltada para a sua repressão, é nítida a natureza mista dessa modalidade de ilícito, uma vez que incidem em sua definição princípios de direito penal, administrativo e civil³².

O estudo da Lei 8.429/1992, que regulamentou o art. 37, § 4º da Constituição da República, evidencia que se trata de norma híbrida, uma vez que cuidou de aspectos materiais e processuais relacionados à repressão da improbidade. A norma define tipos legais para os atos de improbidade e comina sanções específicas para cada hipótese. A técnica utilizada pelo legislador consiste na prescrição de cláusulas gerais, ou tipos legais abertos, conferindo margem ao intérprete/aplicador da norma para proceder a um juízo de caracterização da figura típica em cada caso concreto tendo em vista a ofensa aos bens jurídicos tutelados.

São três os tipos legais previstos na Lei de Improbidade Administrativa: a) atos que importam em enriquecimento ilícito do agente público (art. 9º); b) atos que causam prejuízo

³¹ “Atos de improbidade administrativa são aqueles que, possuindo natureza civil e devidamente tipificados em lei federal, ferem direta ou indiretamente os princípios constitucionais e legais da administração pública, independentemente de importarem em enriquecimento ilícito ou causarem prejuízo material ou erário público” MORAES, Alexandre de, op. cit. p. 352.

³² Nesse sentido é o entendimento de Marçal Justen Filho, destacando a marcada incidência da principiologia do direito penal: “O instituto da improbidade administrativa apresenta natureza complexa, mas com forte conotação penal. É uma manifestação de sancionamento penal a determinadas condutas. [...]”

Trata-se de um instituto que conjuga princípios e regras de direito civil, do direito administrativo, de direito penal e de direito constitucional. Há incidência do direito civil porque se impõe ao infrator o dever de recompor os prejuízos acarretados por sua conduta. A reparação do dano está abrangida na responsabilidade civil.

Há incidência do direito administrativo porque incidem sanções como a perda de cargo ou da função. E há uma conotação de direito constitucional, na medida em que o elemento sancionatório compreende a perda de cargos eletivos e, mesmo, a suspensão de direitos políticos. As sanções administrativas e de natureza constitucional são incorporadas no âmbito penal. Há uma forte carga penal, uma vez que as sanções têm cunho punitivo, trazendo condutas reputadas como dotadas da mais elevada gravidade, que compreendem inclusive a indisponibilidade patrimonial.” op. cit. p. 830/831.

ao erário (art. 10); e c) atos que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11).

O ato de improbidade por enriquecimento ilícito caracteriza-se pela conduta de auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício do cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º da Lei 8.429/92. Os atos lesivos ao erário público que configuram improbidade consistem em quaisquer ações ou omissões que ensejem lesão ao erário ou ao patrimônio público³³ tais como desvio, apropriação, desperdício ou dilapidação dos bens ou haveres. O tipo previsto no art. 11 da Lei nº 8.429/1992 requer para sua caracterização tão somente a ofensa ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições públicas, em suma, a violação aos princípios referidos no caput do art. 37 da Constituição da República.

Exige-se o dolo como elemento subjetivo dos tipos, somente se admitindo a modalidade culposa nos casos de prejuízo ao patrimônio público³⁴.

O art. 37, § 4º, da CFRB traz o fundamento das sanções por ato de improbidade. A Lei nº 8.429/92 dispõe que os atos de improbidade administrativa sujeitam o agente a suspensão dos direitos políticos, multa civil, perda da função pública, perda dos bens obtidos illicitamente e ressarcimento ao erário.

As sanções da Lei nº 8.429/92 não são de natureza penal, razão pela qual o mesmo fato poderá ensejar sanções cíveis e criminais. O art. 12 dispõe que, independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às penas cominadas. A aplicação das sanções independe da efetiva existência de dano, da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal de Contas.

³³ Por patrimônio público entende-se um complexo de bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico e turístico do Estado. A noção de erário é mais restrita, consistindo nos bens e direitos de valor econômico-financeiro.

³⁴ Marçal Justen Filho, adepto da concepção mais restrita de probidade como subprincípio da moralidade, sustenta que se enquadra-se como ato de improbidade conduta informada por dolo: “A improbidade se configura com a violação de um dever específico, que é o do respeito à moralidade. Não se confunde improbidade com ilicitude em sentido amplo. Pode haver ilicitude sem haver improbidade. Essa distinção é essencial para compreender a referência contida no art. 10 da Lei nº 8.429/92, que alude a ações ou omissões de cunho culposos. Essa previsão tem de ser interpretada em termos. Pode-se admitir que o sujeito não tivesse atuado dolosamente para a configuração do resultado reprovável, o que configuraria sua conduta dolosa ou culposa. Nesse caso, o sujeito pode ser responsabilizado administrativa, civil e, eventualmente, penalmente por sua conduta. Assim se passará pela infração aos diversos deveres jurídicos que recaem sobre o agente estatal. Mas somente haverá improbidade se o agente houver violado conscientemente o dever de moralidade. Portanto, a referência à mera culpa, contemplada no referido art. 10, deve ser compreendida em relação ao resultado danoso consumado, não a violação ao dever ético”. Op cit. p 828/829.

A via processual para responsabilização e aplicação de sanções por ato de improbidade administrativa é a ação de improbidade administrativa. A ação de improbidade administrativa tem viés nitidamente repressivo, pois se encontra preordenada a tutelar a probidade administrativa por meio da repressão aos atos que representem ofensa ao direito difuso à probidade.

A doutrina entende majoritariamente que a ação de improbidade administrativa é modalidade de ação civil pública, uma vez que o bem jurídico tutelado é direito difuso por excelência e o Ministério Público legitimado para a sua promoção³⁵. Entende-se que inexistente incompatibilidade entre a disciplina processual da Lei nº 7.347/1997 e as regras de direito adjetivo da Lei nº 8.429/1992, uma vez que ambas se complementam, integrando o microsistema de tutela de direitos coletivos³⁶. Na mesma esteira de inteligência, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem consagrado a viabilidade do manejo da ação civil pública para tutela da probidade administrativa³⁷.

³⁵ Adotam esse posicionamento, dentre outros, Wallace Paiva Martins Júnior (op. cit. p. 399/406), Hugo Nigro Mazzili (A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.p. 77), Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (op. cit. p. 602/606) e Alexandre de Moraes (op. cit. p. 333/334)

³⁶ Susana Henriques da Costa rejeita a objeção de especialidade do direito de ação, frequentemente levantada contra o manejo da Ação Civil Pública para tutela da probidade administrativa: “Não há qualquer tipicidade, entretanto, no direito de ação exercido na ação civil pública pela Lei nº 7.347/85, sequer na chamada ação de improbidade administrativa da Lei nº 8.429/92. Os nomes que a doutrina ou a jurisprudência lhes dão não lhes conferem nenhuma especialidade. Trata-se sempre do mesmo direito de ação.” COSTA, Susana Henriques da. A tutela do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa por meio da Ação Civil Pública e da Ação de Improbidade Administrativa. In: Processo Civil Coletivo. MAZZEI, Rodrigo Reis e NOLASCO, Rita Dias (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 571

³⁷ EMENTA. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. DEFERIMENTO DE LIMINAR. AGRAVO DE INSTRUMENTO. *FUMUS BONI IURIS* E *PERICULUM IN MORA*. SÚMULA 07/STJ. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF. VIOLAÇÃO A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. COMPETÊNCIA DO STF. UTILIZAÇÃO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA CONTRA ATO DE IMPROBIDADE. CABIMENTO.

- 1 A probidade administrativa é consectário da moralidade administrativa, anseio popular e, *a fortiori*, difuso.
2. A característica da ação civil pública está, exatamente, no seu objeto difuso, que viabiliza mutifária legitimação, dentre outras, a do Ministério Público como o órgão de tutela, intermediário entre o Estado e o cidadão.
3. A Lei de Improbidade Administrativa, em essência, não é lei de ritos senão substancial, ao enumerar condutas *contra legem*, sua exegese e sanções correspondentes.
4. Considerando o cânone de que a todo direito corresponde um ação que o assegura, é lícito que o interesse difuso à probidade administrativa seja veiculado por meio da ação civil pública máxime porque a conduta do Prefeito interessa à toda a comunidade local mercê de a eficácia *erga omnes* da decisão aproveitar aos demais munícipes, poupando-lhes de novéis demandas.
5. As conseqüências da ação civil pública quanto ao provimento jurisdicional não inibe a eficácia da sentença que pode obedecer à classificação quinária ou trinária das sentenças
6. *A fortiori*, a ação civil pública pode gerar comando condenatório, declaratório, constitutivo, autoexecutável ou mandamental.
7. Axiologicamente, é a *causa petendi* que caracteriza a ação difusa e não o pedido formulado, muito embora o objeto mediato daquele também influa na categorização da demanda.
8. A lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei da ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do

A legitimidade ativa para a proposição da ação de improbidade administrativa é concorrente entre a pessoa jurídica lesada e o Ministério Público. A legitimação do MP tem fundamento constitucional a partir do art. 129, III, CF e, portanto, não pode ser objeto de restrição por norma infraconstitucional.

Caso a ação seja proposta pelo Ministério Público, o art. 17, § 3º, da Lei de improbidade dispõe que a pessoa jurídica lesada será cientificada para integrar a lide, podendo suprir omissões, falhas e indicar provas. Trata-se de litisconsórcio ativo facultativo ulterior, uma vez que a pessoa jurídica não está obrigada a integrar a lide. Se a ação for proposta pela pessoa jurídica lesada, o Ministério Público atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

2.2 Tutela administrativa da probidade

2.2.1 Controle estatal administrativo

Conforme assinalado no item III supra, a existência no ordenamento jurídico de instrumentos específicos de tutela jurisdicional da probidade administrativa não significa que a sua defesa encontra-se adstrita à esfera do controle externo exercido pelo Poder Judiciário.

Ao assumir para si próprio parte da responsabilidade pela fiscalização da gestão da coisa pública, o Estado Democrático de Direito incorporou-a como dimensão inafastável da própria atividade administrativa. Nesse contexto, a defesa da probidade na esfera administrativa constitui um dos escopos essenciais dos sistemas de controle interno e externo da Administração Pública.

A Constituição da República proclama em seu art. 70 que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Ao lado do controle externo de natureza política, a Constituição da República reservou ao Congresso Nacional a fiscalização e controle da juridicidade da gestão pública. Esse

Idoso, compõem um microsistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se. [...]

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.085.218 – RS, Relator Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 06/11/2009.

controle é exercido com o auxílio do tribunal de contas, ao qual foi cometida ampla gama de competências próprias e privativas, com destaque para as funções de fiscalização de atos e contratos e de julgamento de contas.

O Sistema de Controle Interno dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário têm sua matriz no art. 74 da Carta Magna e suas competências encontram-se traçadas nos incisos de I a IV do mesmo artigo.

Além de fiscalizar o cumprimento da legislação nos processos de arrecadação e aplicação de recursos públicos, os órgãos de controle interno atuam na verificação da eficácia, eficiência, efetividade e economicidade dos programas de governo, o que significa uma atuação preventiva. Não resta dúvida que a possibilidade de controles *a priori* ou concomitantes dos processos administrativos relativos à gestão pública oferece aos órgãos de controle interno destacada na defesa da probidade.

Deve-se observar, todavia, que o controle interno não detém competência decisória acerca da regularidade ou não de atos ou contratos administrativos. Não por outra razão, estão obrigados os responsáveis por essa instância de controle a dar ciência ao órgão de controle externo, Tribunal de Contas da União, sobre quaisquer irregularidades ou ilegalidades de que tenham conhecimento, sob pena de responsabilidade solidária (§ 1º do art. 74 da Constituição da República).

Conforme exposto no item 4.2 infra, às cortes de contas foram conferidos instrumentos preventivos e medidas repressivas que lhes impõe um papel fundamental na tutela da probidade. As competências para formar juízo sobre a configuração de irregularidades na gestão de recursos públicos, determinar a anulação de atos lesivos e aplicar sanções aos agentes responsáveis aproximam o controle dos tribunais de contas daquele exercido pelo Poder Judiciário em matéria de probidade administrativa.

Nada obstante, o paralelo entre as tutelas jurisdicional e a administrativa deve ser traçado com cautela, uma vez, que o modelo adotado pela Constituição da República e pelas leis infraconstitucionais para o controle externo não prevê a repressão aos atos ímprobos nos mesmos moldes da Lei nº 8429/1992.

Considerando o escopo deste trabalho, cumpre esboçar uma visão geral da natureza do controle externo exercido pelos Tribunais de Contas, sob a moderna ótica da processualidade administrativa, e o exame do sistema processual instrumentalizado ao exercício das competências voltadas para a defesa da probidade na Administração Pública.

2.2.2 Controle Externo pelo Tribunal de Contas da União

2.2.2.1 Jurisdição do TCU

A compreensão da natureza jurídica e dos princípios aplicáveis aos processos nos tribunais de contas no Brasil deve ter como ponto de partida a natureza da jurisdição de contas consagrada na Constituição da República de 1988 para exercício do controle externo da Administração.

Adota-se essa abordagem no sentido de superar as dificuldades enfrentadas por aqueles que buscam enquadrar a função de controle externo dos tribunais de contas dentro do rígido e anacrônico esquema teórico da tripartição das funções do Estado em legislativa, executiva e judiciária que nos foi legado pelo pensamento liberal iluminista.

O art. 71 prescreve que o controle externo da Administração Pública é competência a ser exercida pelo Congresso Nacional com o auxílio do Tribunal de Contas da União, seguindo-se onze incisos detalhando as competências da citada corte de contas.

A redação do texto constitucional conduz muitos intérpretes à conclusão de que o TCU é órgão auxiliar do Congresso Nacional³⁸. A inadequação dessa exegese mostra-se patente ao se constatar que a Constituição da República atribuiu ao TCU, ao lado das competências nitidamente auxiliares³⁹, outras competências cujo exercício não apresenta natureza de assistência ao Poder Legislativo. A perplexidade de parte da doutrina diante desse desenho constitucional decorre da impossibilidade de enquadrar essas atribuições do órgão de contas dentro de qualquer das tradicionais funções estatais.

A melhor solução teórica parece ser a que sustenta que a Constituição estabeleceu órgãos que exercem funções estatais autônomas, diversas das três funções concebidas pelos pensadores iluministas, como se dá com o Ministério Público⁴⁰. Nessa linha de pensamento, postula-se que a Corte Federal de Contas, nada obstante exercer algumas funções de auxílio

³⁸ Alexandre de Moraes, op. cit. p. 418

³⁹ As competências que o Tribunal exerce em auxílio ao Congresso Nacional podem ser divididas em funções de caráter técnico-opinativo e fiscalizatórias, enquadrando-se, na primeira categoria, a emissão de parecer prévio sobre as contas do Presidente da República (art. 71, inciso I da Constituição da República) e, na segunda, a realização de auditorias ou inspeções por solicitação do Poder Legislativo (art. 71, inciso IV da Constituição da República).

⁴⁰ Nessa linha entendem Marçal Justen Filho (op. cit. p. 898) e Odete Medauar (Direito Administrativo Moderno. 9ª Ed. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2005. p. 458.)

ao controle político exercido pelo Poder Legislativo, apresenta status constitucional próprio, não integrando a estrutura dos poderes legislativo, executivo ou judiciário.

Dentre o conjunto de competências próprias e privativas do TCU, destaca-se a insculpida no inciso II do art. 71 que consiste em julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário.

A utilização do termo “julgar” pelo constituinte tem dado margem a amplo debate doutrinário sobre o seu real significado. A controvérsia funda-se essencialmente na tendência a restringir o conceito de julgamento exclusivamente ao exercício da função estatal atribuída ao Poder Judiciário. Os estudiosos que negam ao TCU o exercício de uma função jurisdicional o fazem buscando extremá-la da função típica do Judiciário, argumentando que os tribunais de contas não integram o Poder Judiciário, tratando-se de “meros” auxiliares do Poder Legislativo.

Entendemos que a melhor solução teórica para o problema da definição da natureza jurídica dessa função encontra-se na compreensão de que os conceitos de jurisdição e processo, apesar de terem sido desenvolvidos sob a perspectiva da função jurisdicional, alcançam outras funções estatais em nosso ordenamento constitucional.

Ao exercer a sua competência constitucional privativa de julgar as contas dos administradores públicos⁴¹, o TCU exerce uma competência cujo escopo principal é a formulação de juízo acerca da gestão dos responsáveis por bens e valores públicos quanto à legalidade, legitimidade e economicidade. Esse juízo expressa-se em uma tipologia fechada de pronunciamentos: contas regulares, regulares com ressalva ou irregulares. Caso configurada uma das hipóteses legais que conduzem ao juízo de irregularidade, pode o

⁴¹ A Constituição da República estabelece em seus arts. 71 e 71 o desenho do controle externo administrativo:
Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumia obrigações de natureza pecuniária.

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

[...]

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público.”

Tribunal condenar os responsáveis ao ressarcimento de danos causados ao erário e aplicar-lhes sanções de natureza pecuniária e restritivas de direitos.

Ressalte-se que a própria Constituição da República outorgou ao Tribunal de Contas competência para imputar responsabilidade, prevendo a aplicação de sanções aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, entre as quais multa proporcional ao dano causado ao Erário, declaração de inidoneidade de licitante para participar de licitação e inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública⁴².

Parece-nos indubitável, portanto, que a competência para expedir provimentos que atingem de forma tão ampla a esfera patrimonial e a liberdade de pessoas naturais e jurídicas deve necessariamente, em um Estado Democrático de Direito, corresponder a uma função judicante. Não se trata, à evidência, de emissão de parecer técnico ou mera aferição contábil, mas de formação de juízo de valor acerca de atos de gestão e sobre a responsabilidade subjetiva dos agentes públicos responsáveis do qual decorre a emissão de provimentos com eficácia mandamental e/ou condenatória⁴³.

Tal função, deve-se concluir, não se enquadra no conceito de julgamento enquanto manifestação da função tipicamente administrativa, uma vez que o Tribunal de Contas não

⁴² Nesse panorama constitucional, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Mandado de Segurança nº 23.550, atribuiu à atuação do TCU natureza quase-jurisdicional, conforme se extrai do excerto da ementa do citado aresto:

EMENTA: I. Tribunal de Contas: competência: contratos administrativos (CF, art. 71, IX e §§ 1º e 2º). O TCU-embora não tenha poder para anular ou sustar contratos administrativos - tem competência, conforme o art. 71, IX, para determinar à autoridade administrativa que promova a anulação do contrato e, se for o caso, da licitação de que se originou. II. Tribunal de Contas: processo de representação fundado em invalidade de contrato administrativo: incidência das garantias do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa, que impõem assegurar aos interessados, a começar do particular contratante, a ciência de sua instauração e as intervenções cabíveis. Decisão pelo TCU de um processo de representação, do que resultou injunção à autarquia para anular licitação e o contrato já celebrado e em começo de execução com a licitante vencedora, sem que a essa sequer se desse ciência de sua instauração: nulidade. **Os mais elementares corolários da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa são a ciência dada ao interessado da instauração do processo e a oportunidade de se manifestar e produzir ou requerer a produção de provas; de outro lado, se se impõe a garantia do devido processo legal aos procedimentos administrativos comuns, a fortiori, é irrecusável que a ela há de submeter-se o desempenho de todas as funções de controle do Tribunal de Contas, de colorido quase - jurisdicional.** [...] (grifo nosso)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 23.550-DF, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Julgamento: 04/04/2001, DJ 31-10-2001, p. 6.

⁴³ Benjamin Zymler observa que a resistência ao termo julgar deve-se a uma reação à tentativa de se igualar o julgamento de contas à função do Poder Judiciário, o que conduziu a posição igualmente equivocada: “Como reação natural à “heresia” terminológica referida, parcela importante da doutrina e da jurisprudência pátria pretendeu restringir a competência do Tribunal de Contas a mero exame de conformidade de peças contábeis, dissociando-a de uma avaliação sobre a conduta do agente público. Ainda hoje, tal entendimento não raras vezes é acatado por alguns magistrados, principalmente em sede de embargos à execução apresentados em ações executórias de acórdãos do TCU – que têm eficácia de título executivo extrajudicial (CF, art. 71, § 3º) – postulando a nulidade das decisões emanadas da Corte de Contas.” ZYMLER, Benjamin. Direito Administrativo e Controle. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006. p. 430.

atua no interesse do Estado ou da Administração Pública, como o fazem em regra os órgãos da Administração nos processos administrativos de sua competência⁴⁴. As cortes de contas fiscalizam e julgam como entes externos à Administração, atuando em defesa do interesse de toda a coletividade na boa gestão pública e, nesse mister, julgam muitas vezes contra o interesse dos próprios entes estatais⁴⁵. E justamente para garantir a imparcialidade e independência dos julgamentos em relação aos demais poderes do Estado, a razão a Lei Maior atribuiu estrutura administrativa autônoma, instituiu forma peculiar de acesso ao cargo de ministro do TCU e lhe conferiu as mesmas prerrogativas dos ministros dos tribunais superiores do Poder Judiciário⁴⁶.

Afigura-se equivocada, também, a compreensão no sentido de igualar a jurisdição de contas àquela exercida pelos órgãos integrantes do Poder Judiciário. A jurisdição do TCU não apresenta o caráter de substitutividade, uma vez que não se encontra preordenada a tutelar direitos ou interesses exclusivamente privados, não se sujeita ao princípio dispositivo e os seus provimentos não fazem coisa julgada insuscetível de revisão, por força do princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, insculpido no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República.

Nada obstante, a possibilidade de revisão das decisões pelo Poder Judiciário não esvazia a natureza de julgamento das deliberações dos Tribunais de Contas nos processos de sua competência. As decisões do Poder Judiciário tendo por objeto deliberações dos tribunais

⁴⁴ Maria Sylvia Zanella di Pietro, ao distinguir o processo judicial do administrativo, evidencia a posição simultânea de julgador e parte interessada da Administração nos processos administrativos: “O processo judicial se instaura sempre mediante provocação de uma das partes (o autor) que, por ser titular de um interesse conflitante com o de outra parte (o réu), necessita de intervenção de terceira pessoa (o juiz), o qual, atuando com imparcialidade, aplica a lei ao caso concreto, compondo a lide: a relação jurídica é trilateral: as partes (autor e réu) e o juiz. O processo administrativo, que pode ser instaurado mediante provocação do interessado ou por iniciativa própria da Administração, estabelece uma relação bilateral, “inter partes”, ou seja, de uma lado, o administrado, que deduz uma pretensão e, de outro, a Administração que, quando decide, não age como terceiro estranho à controvérsia, mas como parte que atua no próprio interesse e nos limites que lhe são impostos pela lei. Provocada ou não pelo particular, a Administração atua no interesse da própria Administração e para atender a fins que lhe são específicos” op. cit. p. 396

⁴⁵ Evidência dessa posição peculiar da jurisdição de contas encontra-se na emissão de julgamentos pelo TCU condenando pessoas jurídicas de direito público interno, estados e municípios, a ressarcirem recursos públicos federais utilizados em fins diversos daqueles pactuados em convênios, acordos e instrumentos congêneres firmados entre a União e essas pessoas jurídicas.

⁴⁶ Assim dispõe a Constituição da República sobre as prerrogativas dos ministros do TCU:

Art. 73. O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96.

[...]

§ 3º Os Ministros do TCU terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, aplicando-se-lhes, quanto à aposentadoria e pensão, as normas constantes do art. 40.

de contas têm natureza rescindente, mas não substitutiva, porquanto a Lei Maior reservou somente ao TCU o julgamento das contas. Nessa linha, os acórdãos e decisões das cortes de contas podem ser anulados por ofensa ao *due process of law* ou lesão a direito subjetivo, porém é defeso ao Judiciário substituir-se aos tribunais de contas quanto ao julgamentos dos processos de sua competência.

Nesse sentido posiciona-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ao afirmar que os atos da Corte de Contas são suscetíveis de reapreciação pelo controle jurisdicional nos casos de ocorrência de irregularidade formal grave ou manifesta ilegalidade⁴⁷.

2.2.2.2 Processo no TCU

Fixados os contornos conceituais da jurisdição exercida pelas cortes de contas, o entendimento quanto à natureza e princípios regentes do processo no TCU funda-se na concepção ampla do fenômeno processual como instrumento para o exercício legítimo das funções estatais no Estado Democrático de Direito, na linha defendida por Odete Medauar⁴⁸:

A plurissubjetividade necessária, o vínculo à atuação de entes com organização articulada e a interligação entre os sujeitos possibilitam, em sua somatória, extrair outro elemento do núcleo comum da processualidade: a pertinência do exercício do poder.

O poder, em essência, consiste, dada uma relação entre pessoas, no predomínio da vontade de uma sobre as demais; numa relação entre órgãos, no predomínio de um sobre outros. O exercício do poder, num Estado de direito que reconhece e garante direitos fundamentais, não é absoluto; canaliza-se a um fim, implica deveres, ônus e sujeições, transmuta-se em função, o que leva o ordenamento a determinar o filtro da processualidade em várias atuações revestidas de poder.

A processualidade, então, vincula-se à disciplina do exercício do poder estatal.

Conforme acima exposto, o julgamento de contas dos gestores públicos e a fiscalização de atos ou contratos constituem atribuições próprias e privativas cometidas ao TCU pela Constituição da República. O legítimo exercício dessa função estatal em uma

⁴⁷ Mandado de Segurança. Legitimidade ativa de pessoa jurídica, mesmo de direito público, superada pela praxe posterior, a interpretação restritiva de alguns acórdãos (R.F. 140/275, R.T. 295/108, R.D.A. 70/302, 72/273). Recurso Extraordinário. Terceiro prejudicado. Litisconsórcio necessário. Admissibilidade. RE 12.816 (1946), RE 14.747 (1949), RE 41.754 (1959), AG. 31.737 (1964). Tribunal de Contas. Julgamento das contas de responsáveis por haveres públicos. Competência exclusiva, salvo nulidade por irregularidade formal grave (MS 6.960, 1959), ou manifesta ilegalidade (MS 7.280, 1960). Reforma do julgado anulatório de decisão dessa natureza, em que se apontavam irregularidades veniais. Ressalva das vias ordinárias.” (STF: RE 55821/PR, DJ 24/11/1967, p. 3949). Ao apurar o alcance dos responsáveis pelos dinheiros públicos, o Tribunal de Contas pratica ato insusceptível de revisão na via judicial, a não ser quanto ao seu aspecto formal ou tísna de ilegalidade manifesta. Mandado de Segurança não conhecido.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 7280, DJ 17/9/1962, p. 460.

⁴⁸ MEDAUAR, Odete, op. cit. p. 31/32

ordem democrática de direito somente se dá no âmbito do processo, uma vez que por meio dela são tutelados direitos indisponíveis e são alcançados patrimônio e liberdades de pessoas físicas e jurídicas.

Não obstante a permanência da controvérsia entre os doutrinadores quanto à terminologia adequada⁴⁹, a nova ordem instituída pela Carta Magna de 1988 adotou explicitamente o termo processo ao se referir, no inciso LV do art. 5º, às garantias da ampla defesa e do contraditório aos litigantes tanto no âmbito judicial quanto no administrativo.

A natureza processual dos feitos de competência do TCU encontra reconhecimento em sede doutrinária⁵⁰ e jurisprudencial, destacando-se que o Supremo Tribunal Federal editou súmula vinculante versando sobre a incidência das garantias da ampla defesa e do contraditório nos processos da Corte Federal de Contas⁵¹.

O processo no TCU tem inegavelmente natureza administrativa - entendido o termo em acepção ampla como não judicial -, incidindo em sua constituição e desenvolvimento os princípios constitucionais do processo em geral e os princípios específicos do processo administrativo⁵². Nada obstante, a espécie processual de competência do TCU apresenta peculiaridades devido à natureza da jurisdição de contas de que é instrumento, aproximando-se mais de processo judicial do que tipicamente administrativo.

Não por outra razão, houve por bem o legislador disciplinar o processo no TCU por meio da Lei nº 8.443/1992, a qual versa sobre aspectos materiais e processuais atinentes ao controle externo a cargo da Corte de Contas. A disciplina processual própria denota a natureza diferenciada da jurisdição de contas, tendo sido pacificado o entendimento quanto à aplicação

⁴⁹ Sobre essa dissensão, Odete Medauar observa que “No Brasil, além da oscilação doutrinária entre os termos processo e procedimento, ocorria (e, por vezes ainda ocorre) a conexão de processo administrativo a processo disciplinar, o que implica em visão reducionista da processualidade administrativa.” op. cit. p. 34 .

⁵⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil. 9ª ed. Vol. I. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 80.

⁵¹ Súmula Vinculante nº 3 do Supremo Tribunal Federal: “Nos processos perante o TCU asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.”

⁵² Nelson Nery Júnior assim se manifesta sobre a principiologia incidente no processo administrativo: “No processo administrativo igualmente incide o princípio do contraditório, os demais princípios constitucionais do processo (devido processo, proibição da prova obtida ilicitamente, motivação das decisões administrativas, duplo grau de jurisdição, ampla defesa etc.), bem como todos os princípios fundamentais da Administração pública (legalidade, moralidade, eficiência, impessoalidade, publicidade, segurança jurídica, confiança, boa-fé objetiva, proibição de *venire contra factum proprium*, proibição de atuação arbitrária etc.). NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do Processo na Constituição Federal. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.p. 210.

apenas subsidiária do Código de Processo Civil⁵³ e da Lei Federal do Processo Administrativo (Lei nº 9.784/1999)⁵⁴ aos feitos de competência do TCU.

A função de controle externo da gestão pública fundamenta-se no princípio republicano da prestação de contas. Os processos de tomadas e prestações de contas anuais constituem o instrumento ordinário pelo qual os gestores se desincumbem do dever de prestar contas, apresentando ao TCU as informações necessárias à formação de juízo acerca de sua gestão à frente dos órgãos e entidades da Administração Federal. Os processos de contas anuais independem de provocação para serem instaurados e movimentam-se por impulso oficial todos os atos necessários ao seu prosseguimento e conclusão.

Tomadas e prestações de contas anuais são constituídos de peças padronizadas e baseiam-se em procedimentos de auditoria governamental, os quais envolvem exames por amostragem. Portanto, não constituem exame exaustivo de todos os atos de gestão praticados. Por essas razões, tais processos não apresentam conteúdo necessariamente contencioso, uma vez que as contas certificadas como regulares ou regulares com ressalva podem ser julgadas sem a necessidade de instauração de contraditório.

A outra modalidade processual de que dispõe o TCU para o exercício da função de controle externo são os processos relativos à fiscalização de ato ou contrato administrativo. Deve-se consignar que os procedimentos fiscalizatórios do TCU são realizados no exercício de sua competência constitucional (art. 70 da Constituição da República), têm previsão na Lei nº 8.443/1992⁵⁵ e têm por escopo atender a solicitações do Congresso Nacional, assegurar a eficácia do controle e subsidiar o julgamento de processos de contas.

⁵³ SÚMULA Nº 103 do TCU: Na falta de normas legais regimentais específicas, aplicam-se, analógica e subsidiariamente, no que couber, a juízo do Tribunal de Contas da União, as disposições do Código de Processo Civil.

⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Mandado de Segurança nº 23.550-DF, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Julgamento: 04/04/2001, DJ 31-10-2001 p. 6.

⁵⁵ Art. 38. Compete, ainda, ao Tribunal:

I - realizar por iniciativa da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e nas entidades da administração indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal [...];

Art. 41. Para assegurar a eficácia do controle e para instruir o julgamento das contas, o Tribunal efetuará a fiscalização dos atos de que resulte receita ou despesa, praticados pelos responsáveis sujeitos à sua jurisdição, competindo-lhe, para tanto, em especial:

I - acompanhar, pela publicação no Diário Oficial da União, ou por outro meio estabelecido no Regimento Interno:

a) a lei relativa ao plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias, a lei orçamentária anual e a abertura de créditos adicionais;

b) os editais de licitação, os contratos, inclusive administrativos, e os convênios, acordos, ajustes ou outros instrumentos congêneres, bem como os atos referidos no art. 38 desta Lei;

Os processos de fiscalização têm por objeto os resultados das auditorias ou inspeções realizadas pelas unidades técnicas do TCU. Essas fiscalizações podem ser iniciadas por provocação do Congresso Nacional, de autoridades administrativas legitimadas ou por iniciativa do próprio Tribunal de Contas. A exemplo do que ocorre com os processos de contas anuais, os processos de fiscalização não têm necessariamente natureza contenciosa, uma vez que somente na hipótese de imputação de ato irregular é que se franqueia ao acusado o exercício da ampla defesa.

Observa-se que a instauração de contraditório nos processos do TCU é, em regra, eventual. A incidência das garantias da ampla defesa e do contraditório ocorre na hipótese de constatação da prática de ato ilícito enquadrável como irregularidade, conforme tipologia traçada na Lei Orgânica da Corte de Contas, por agente responsável perante a Corte de Contas.

De forma análoga à disciplina normativa do ato de improbidade, o ato irregular objeto de repressão na esfera do Tribunal de Contas foi estruturado em tipo abertos, apresentando como nota característica serem atos vinculados à gestão de recursos públicos. Nos termos do art. 16, inciso III da Lei 8.443/1992, as seguintes condutas conduzem a juízo de irregularidade das contas dos responsáveis:

- a) omissão no dever de prestar contas;
- b) prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico, ou infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial;
- c) dano ao Erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ao antieconômico;
- d) desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos.

Nas hipóteses de omissão quanto à prestação de contas ou a constatação de prejuízo ao erário, a Lei 8.443/1992 impõe à autoridade administrativa competente a instauração de

II - realizar, por iniciativa própria, na forma estabelecida no Regimento Interno, inspeções e auditorias de mesma natureza que as previstas no inciso I do art. 38 desta Lei;

III - fiscalizar, na forma estabelecida no Regimento Interno, as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

IV - fiscalizar, na forma estabelecida no Regimento Interno, a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município.

processo de tomada de contas especial (TCE). A TCE é considerada instrumento excepcional, somente devendo ser instaurada quando não for possível obter as contas ou o ressarcimento dos danos pela própria Administração. Exatamente por se tratar de processo destinado a apurar dano ao erário, quantificando o seu valor e identificando aqueles que lhe deram causa, o processo de tomada de contas especial pressupõe a necessidade de instauração do contraditório para que os acusados possam exercer o seu direito à ampla defesa.

O exame detalhado dos tipos legais que constituem irregularidade extrapola o escopo deste estudo. Importa acentuar, todavia, que os atos irregulares delineados pela Lei Orgânica do TCU apresentam notável similaridade com os atos de improbidade administrativa capitulados na Lei nº 8.429/1992. Observa-se, nessa perspectiva, que o ato referido na alínea “a” do art. 16 da Lei nº 8.443/1992, omissão no dever de prestar contas, corresponde ao tipo previsto no inciso VI do art. 11 da Lei nº 8.429/1992. Os tipos referidos nas alíneas “c” e “d”, configurando prejuízo ao erário ou ao patrimônio público, equivalem aos atos de improbidade previstos no art. 10 da Lei de Improbidade. E aquele capitulado na alínea “b” corresponde a qualquer ato que ofenda os princípios constitucionais regentes da Administração Pública, objeto do tipo inculcado no art. 11 da Lei nº 8.429/1992.

A despeito do campo de intersecção entre as condutas tipificadas como ímprobas pela LIA e as irregularidades na gestão de recursos públicos sancionáveis pelo TCU, tais instâncias são autônomas e, portanto, pode ou não haver cumulação de responsabilidade entre as diferentes esferas. Frise-se que o ato ilícito perante o TCU exige para a sua caracterização a relação com a gestão de bens, dinheiros ou valores públicos. Por essa razão, não se caracterizam como irregulares as práticas ilícitas que não atentem diretamente contra a administração financeira, orçamentária, contábil, operacional ou patrimonial da coisa pública. Assim, é possível identificar numerosas condutas que se enquadram na tipologia da improbidade administrativa, mas que refogem à competência das cortes de contas⁵⁶.

Essas considerações permitem concluir que, não obstante tratar-se de instâncias autônomas e independentes, há um vasto campo de intersecção entre a tutela da probidade pela ação de improbidade administrativa e pelo processo no TCU. Tal conclusão autoriza o aprofundamento do estudo comparativo das medidas de proteção cautelar manejáveis nas duas formas de tutela do direito difuso à probidade na Administração Pública.

⁵⁶ Como exemplo de condutas ímprobas que refogem à competência do TCU pode-se citar a violação de deveres funcionais que não envolvam a administração de recursos públicos, como o dever de sigilo em razão da função, ou a hipótese de enriquecimento ilícito sem prejuízo ao erário.

3 ELEMENTOS DA TEORIA DA TUTELA CAUTELAR

3.1 Considerações gerais

Tendo sido examinados as modalidades de tutela jurisdicional e administrativa de contas da probidade administrativa, importa lançar algumas rápidas noções teóricas acerca tutela cautelar, de forma a explicitar a concepção do instituto dentro da teoria geral do processo, antes de adentrar o tema principal desta monografia.

Tradicionalmente, justifica-se a existência do processo cautelar pela impossibilidade da prestação instantânea da tutela jurisdicional ante a formulação de uma demanda perante o poder judiciário. Argumentam os defensores dessa concepção que a técnica do processo de conhecimento demanda inevitavelmente uma série de atos e providências que culminam na produção da norma em concreto que regulará em definitivo a relação jurídica posta em causa. Como afirma Humberto Theodoro Júnior⁵⁷, nesse interregno inevitável é freqüente o surgimento de situações de risco para o direito objeto de litígio ou para a satisfação da obrigação consubstanciada no título executivo.

De sorte a evitar que tais situações conduzam a prejuízo irreparável, ou de difícil reparação, aos direitos ou interesses das partes é que o ordenamento jurídico prevê outro gênero de manifestação da tutela jurisdicional do estado: a tutela cautelar.

Conforme o entendimento majoritário da doutrina, essa terceira face da jurisdição surge com o objetivo de garantir a eficácia e efetividade das outras duas espécies de manifestação da função jurisdicional do Estado, uma vez que a demora na entrega do provimento jurisdicional ao final da lide pode importar danos irreversíveis às pessoas ou às coisas nela envolvidas, esvaziamento sua utilidade para as partes.

Nesse sentido é a conceituação de José Frederico Marques⁵⁸:

Tutela cautelar é o conjunto de medidas de ordem processual destinadas a garantir o resultado final do processo de conhecimento, ou do processo executivo. A tutela cautelar é modalidade de tutela jurisdicional, pelo que vem exercida no processo de igual nome, isto é, do processo cautelar. Seu objeto é sempre outro processo o qual recebe o nome de processo principal.

⁵⁷ “Entre a interposição da demanda e a providência satisfativa do direito de ação (sentença ou ato executivo) medeia necessariamente certo espaço de tempo, que pode ser maior ou menor conforme a natureza do procedimento e a complexidade do caso concreto.” Processo cautelar: de acordo com os reflexos do novo Código Civil na esfera das medidas cautelares e das Leis n^os 10.352 e 10.444, do Código de Processo Civil. 21^a ed. São Paulo: Leud, 2004 . p. 361

⁵⁸ Manual de Direito Processual Civil, vol. IV, 20^a Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997. p. 381

Corrente doutrinária oposta, capitaneada por Ovídio Baptista da Silva, tece severas críticas ao conceito de instrumentalidade hipotética, a idéia de tutela cautelar como instrumento do instrumento desenvolvida pela doutrina italiana - sobretudo por Piero Calamandrei- e utilizada por grande parte dos estudiosos no Brasil para qualificar a atividade cautelar.

A rejeição da concepção instrumentalista da tutela cautelar funda-se na ideia de que toda atividade jurisdicional tem como função assegurar os direitos e interesses das partes, sendo que a peculiaridade da jurisdição cautelar a tutela de direitos em situação de risco a partir de um juízo de verossimilhança. Daí a conceituação adotada por Ovídio Baptista da Silva⁵⁹:

A tutela cautelar é uma forma de proteção jurisdicional que, em virtude da situação de urgência, determinada por circunstâncias especiais, deve tutelar a simples aparência do direito posto em estado de risco de dano iminente.
A tutela cautelar, portanto, protege o direito, e não o processo, como muitos entendem.

Não se trata, pois, de proteger o processo de cognição ou execução, uma vez que não é essencial para a cautelar que haja processo principal, mas sim satisfazer o que o autor identifica como um direito material à segurança, por ele denominado de direito substancial de cautela

Toda pretensão processual nasce para tutelar uma situação jurídica prevista no direito material. Sob esse prisma, afirmam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart⁶⁰ que "a tutela cautelar é assecuratória da tutela prometida pelo direito material e da situação a que o direito material confere tutela jurídica". A tutela é direito da parte e um dever do Estado e não se funda no direito de ação, mas sim, no próprio direito material a ser tutelado.

Entendemos ser essa concepção a que melhor assegura a realização do direito material aos jurisdicionados, em especial em se tratando de direito difuso à probidade na Administração Pública. A aplicação desse paradigma aos provimentos cautelares voltados para a tutela da probidade demanda a superação da visão formalista acerca da jurisdição e do processo em favor de uma visão moderna, publicista e dinâmica da jurisdição como instrumento de concretização dos valores da justiça social e do progresso de toda a coletividade.

3.2 Características da tutela cautelar

⁵⁹ Curso de Processo Civil, vol. 3, 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 49

⁶⁰ Curso de Processo Civil, vol. 4. Processo cautelar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 30

3.2.1 Preventividade

A necessidade de intervenção preventiva em situações de urgência é o fundamento de toda a jurisdição de cunho cautelar, conforme ensina Ovídio Baptista da Silva⁶¹ :

O grande móvel, portanto, a justificar a tutela cautelar é sem dúvida a *urgência*, ante a qual as formas convencionais de tutela jurisdicional tornem-se insuficientes e inadequadas, impedindo que o Estado cumpra seu dever de proteção ao direito por ele próprio criado, dever este que decorre do monopólio da função jurisdicional. (grifo do autor)

O direito ou situação tutelável, como pressuposto para a concessão da tutela cautelar, devem estar em perigo, que deve estar fundado em elementos objetivos, racionalmente expostos pela parte, evidenciando a necessidade de intervenção com o objetivo de prevenir a lesão iminente. Como ensinam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart⁶², não basta a mera ineficácia do provimento jurisdicional final, mas sim, que direito tutelável corra perigo de dano, com a demonstração da existência de sua causa.

3.2.2 Probabilidade do direito à tutela do direito material

Não basta o perigo de dano ao direito material. Deve a alegação da parte ser verossímil ou provável. Para a obtenção da tutela cautelar, deve o autor convencer o juízo de que lhe será concedido o direito material tutelável. A decisão baseada na verossimilhança da alegação se justifica tendo em vista o perigo de dano ao direito material, ou seja, tendo em vista uma situação de urgência.

3.2.3 Cognição sumária

Diz-se que a cognição sumária é característica do processo cautelar em razão de sua própria natureza de tutela de urgência voltada para a segurança de direitos ou interesses sob risco. É da essência do processo cautelar, portanto, que para o direito ou interesse mereça a tutela tenha que se apresentar como plausível ante um exame perfunctório, sendo incompatível a ampla cognição da lide com a tutela de segurança urgente.

⁶¹ op. cit. p. 17.

⁶² op. cit. p. 28.

No processo cautelar abre-se mão da certeza em favor da efetividade da tutela, tendo-se, em consequência, uma cognição superficial, destinada unicamente a apurar a verossimilhança ou plausibilidade do direito que se pretende garantir via medida cautelar, pela aferição do chamado *fumus boni iuris*. Não se compatibiliza, portanto, com a dilação probatória e o contraditório típicos dos processos de cognição que, dependendo de cada caso, demandam um longo tempo.

A cognição sumária não é característica exclusiva do processo cautelar, visto que é comum a todas as formas de tutela de urgência. No processo cautelar, todavia, sobressai como uma de suas notas distintivas mais importantes na medida em que a tutela de mera aparência do direito deve ter como contrapartida sempre a temporariedade e a reversibilidade do provimento concedido.

3.2.4 *Temporariedade e reversibilidade*

Muitos estudiosos entendem que é peculiar à tutela cautelar a provisoriedade. Por essa característica, o provimento cautelar tem duração limitada, eis que não objetiva dar solução definitiva ao litígio, mas antes assegurar os direitos em risco de forma provisória até que o processo principal possa garanti-los de forma *perene*⁶³.

Divergindo desse entendimento, não vislumbramos que a duração da tutela cautelar esteja vinculada à prolação da decisão definitiva de mérito, mas sim, à duração da situação de perigo de dano, sendo possível sua manutenção ainda quanto haja sentença de improcedência da pretensão no processo de conhecimento. Nessa linha, a tutela cautelar deve perdurar enquanto não desaparecer o perigo de dano ou enquanto não houver pronunciamento definitivo quanto ao mérito.

Nessa esteira são elucidativas as considerações de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart⁶⁴, "a eficácia da tutela cautelar se liga ao perigo de dano, tendo com ele uma relação de *temporariedade*, e não com a sentença de mérito, com a qual teria uma relação de *provisoria*".

⁶³ Essa característica da tutela cautelar foi expressamente consagrada em nosso Código de Processo Civil que no art. 806, dispõe que a medida cautelar tem sua eficácia vinculada ao ajuizamento do processo principal em 30 dias, se antecedente, ou à pendência deste, no caso de ser concedida de forma incidental.

⁶⁴ op. cit. p. 31.

A nota característica da tutela cautelar seria, portanto, não a provisoriedade, que seria própria dos provimentos de antecipação de tutela, mas sim a temporariedade, na medida em que o provimento cautelar, por seu cunho assecuratório, deve durar enquanto persistir o perigo ao direito ou interesse que motivar a concessão da medida, não estando vinculado essencialmente ao futuro provimento definitivo do processo principal.

No que tange à reversibilidade da decisão que concede tutela cautelar é caractere imbricado com a sua temporariedade. Observam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart⁶⁵ que:

O juiz deve revogar a tutela cautelar, antes de chegar ao momento de proferir sentença, não apenas quando surgir um fato novo capaz de lhe permitir a formação de nova convicção sobre o direito à tutela ou a respeito do perigo de dano, mas também quando surgir nova prova, derivada do prosseguimento do debate em torno do litígio.

3.2.5 Instrumentalidade

A instrumentalidade, que na visão da maior parte da doutrina brasileira decorre da própria natureza do processo cautelar como um instrumento de garantia da eficácia e efetividade de um processo principal. A instrumentalidade é entendida, nessa acepção, como a característica fundamental da tutela cautelar, por trata-se de meio de proteção ao processo e não ao direito material, não podendo existir senão em função de um processo de conhecimento ou de execução⁶⁶.

Conforme já assinalado anteriormente, filiamo-nos à linha doutrinária que se opõe à essa concepção da instrumentalidade hipotética do processo cautelar. Afigura-se mais consentâneo esse pensamento com a moderna noção do direito de ação no Estado Democrático de Direito. A tutela cautelar possui caráter instrumental sim, porém idêntico às demais formas de tutela jurisdicional, na medida em que se constitui em técnica processual apta a dar segurança ao exercício de direitos sob ameaça, ainda que de forma apenas temporária com fundamento em cognição sumária⁶⁷.

⁶⁵ Idem. p. 31

⁶⁶ O vigente Código de Processo Civil incorporou essa tese de instrumentalidade, estabelecendo um vínculo de dependência e acessoriedade do processo cautelar ao dispor em seu art. 796 que o procedimento cautelar é sempre dependente do processo principal.

⁶⁷ Cássio Scarpinella Bueno, a exemplo de Ovídio Baptista e Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, adota posição crítica sobre a instrumentalidade da tutela cautelar inscrita pela doutrina mais tradicional. BUENO, Cássio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 180/1 81.

Sem embargo, não se pode deixar de reconhecer que a tutela cautelar, ao assegurar o direito material realiza subsidiariamente a função de garantia do resultado útil e eficaz das demais formas de tutela jurisdicional.

3.3 *Requisitos da tutela cautelar*

3.3.1 *Fumus boni iuris*

Em primeiro lugar apresenta-se o chamado *fumus boni iuris*, expressão latina traduzida literalmente como “fumaça de bom direito”, mas que pode ser conceituado juridicamente como a plausibilidade do direito material alegado pela parte para justificar a pretensão de obter a tutela jurisdicional.

A aparência do bom direito significa apenas probabilidade, não há a necessidade de demonstrar que o direito existe, nem o julgador deve se entreter, a princípio, em buscá-lo, bastando uma mera aparência. No entanto, a parte tem que apresentar, no mínimo, indícios daquilo que afirma para bem merecer a tutela pretendida. Meras alegações, desacompanhadas de elementos indiciários, não demonstram o *fumus boni iuris* nem tampouco comportam o julgamento procedente da demanda cautelar.

Parte da doutrina afirma com convicção que o *fumus boni iuris* deve, na verdade, corresponder, não propriamente à probabilidade de existência do direito material - pois qualquer exame a respeito só é próprio da ação principal -, mas sim à verificação efetiva de que, realmente, a parte dispõe do direito de ação, direito ao processo principal a ser tutelado⁶⁸.

Aderimos à tese de que a aparência do bom direito está referida à verossimilhança do direito ou interesse deduzido pela parte que pretende a intervenção da tutela cautelar. Observe-se que o que se pretende com a ação cautelar é assegurar direito ou interesse exposto a risco de dano, portanto há necessariamente que ser feita uma apreciação do direito material que a parte pretende seja assegurado, e não apenas a observação genérica quanto à existência do direito de ação.

Portanto, para verificação da existência dos requisitos autorizadores da medida cautelar, dentre eles o elemento sob exame, deve haver análise, ainda que superficial, da probabilidade do direito material em espécie. Na investigação do *fumus boni iuris* se

⁶⁸ Cite-se, por todos, Humberto Theodoro Júnior, op. cit. p. 549.

verificará o direito material para se ver se há a plausibilidade do direito invocado ou não. Aqui se considera apenas a verossimilhança, em sede de *sumaria cognitio*. A premissa de que a ação cautelar visa a assegurar um direito referível a um processo e não realizar o direito material, não pode conduzir à conclusão de que é irrelevante o exame desse direito substancial para deferir medida preventiva, até por que isto conduziria, na prática, ao desvirtuamento dessa modalidade de tutela jurisdicional.

3.3.2 *Periculum in mora*

O *periculum in mora* é usualmente traduzido como o temor objetivo e fundado de que enquanto se aguarda a tutela definitiva, venham a ocorrer fatos que prejudiquem a apreciação da ação principal ou frustrem sua execução.

Sempre que se verificar indícios consistentes de perigo de dano grave e iminente a direito ou interesse por perecimento, desvio, destruição, deterioração, mutação ou prejuízo de bens ou provas estará caracterizado *periculum in mora*. Para a doutrina instrumentalista, o perigo de dano afeta o interesse processual em obter uma justa composição do litígio, seja em favor de uma ou de outra parte, o que não se poderá ser alcançado caso se concretize o dano temido.

Reiteramos nosso entendimento de que o *periculum in mora* está diretamente ligado à situação de risco objetivamente demonstrada que impõe intervenção urgente do Estado-Juiz para assegurar direito ou interesse. O risco de lesão ao interesse processual a ser deduzido em processo de conhecimento ou de execução constitui aspecto reflexo que não constitui o fundamento da proteção cautelar. É nessa linha o ensinamento do mestre Ovídio Baptista da Silva⁶⁹ :

Não é propriamente, como pensava Chiovenda, o perigo de retardamento da prestação jurisdicional que justifica a ação cautelar. É o perigo em si mesmo, referido à possibilidade de uma perda, sacrifício ou privação de um interesse juridicamente relevante e não o perigo de um retardamento na prestação jurisdicional.

Convém salientar que o *periculum in mora* não se refere especialmente a período temporal, embora com ele tenha ligação. Não é só o perigo de retardamento da prestação jurisdicional, até por que esta jamais poderá ser instantânea, frente à própria natureza da

⁶⁹ op. cit. p. 115.

atuação jurisdicional que enseja tempo, mas sim o perigo de dano grave frente a uma situação periclitante que impõe a cautela evitar prejuízo grave ou de difícil reparação.

3.4 Classificação das medidas cautelares

Dentre os diversos critérios de classificação adotados pela doutrina, destaca-se aquele fundado no regramento processual da providência. Tradicionalmente, as medidas cautelares são divididas em duas grandes categorias, segundo um critério de tipificação legal. Em primeiro lugar apresentam-se as chamadas medidas cautelares típicas ou nominadas, sendo aquelas cabíveis em situações previstas minuciosamente no ordenamento jurídico e cujo conteúdo é também regulamentado por lei.

No sistema do Código de Processo Civil, as medidas cautelares típicas ou nominadas estão disciplinadas no Capítulo II, do Livro II, podendo ser divididas em medidas de procedimento cautelar específico, tais como arresto (arts. 813 a 821), sequestro (arts. 822 a 825), caução (arts. 826 a 838), busca e apreensão (arts. 839 a 843) e as de procedimento cautelar comum (as oito provisionais previstas no art. 888 do CPC).

As medidas cautelares atípicas ou inominadas, que no CPC foram previstas no art. 798, não observam regramento específico, constituindo-se em providências cujo deferimento depende de um processo de adequação lógico-jurídico da situação de fato apresentada aos pressupostos genéricos estabelecidos em lei. As cautelares inominadas existem para fazer frente à multiplicidade de situações de risco que não comportam um disciplinamento específico na lei processual.

Quanto ao seu conteúdo, as cautelares inominadas dependem do juízo formulado pelo magistrado quanto à providência mais adequada para afastar o risco sob o qual se encontra o direito ou interesse da parte. Incide aí o denominado poder-dever geral de cautela, o qual compreende igualmente o poder de concretizar a jurisdição cautelar modificando e decretando a extinção de medidas cautelares, bem como as concedendo de ofício, em situações excepcionais.

4 MEDIDAS CAUTELARES NOMINADAS NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Procedendo sob o enfoque teórico da tutela cautelar como modalidade de tutela jurisdicional preordenada a assegurar a eficácia do direito material em situação de perigo de dano iminente e irreversível, passamos ao exame das medidas cautelares na ação de improbidade administrativa.

Deve-se acentuar que na defesa do direito subjetivo público à probidade administrativa, o juiz deve fazer uso da técnica de tutela jurisdicional mais adequada ante a situação de risco. A garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional abrange a concessão de toda e qualquer forma de providência cautelar, ainda que não expressamente prevista no ordenamento processual.

Cabíveis, portanto, em ação de improbidade administrativa não apenas das medidas cautelares disciplinadas na Lei de Improbidade Administrativa, mas as medidas nominadas ou inominadas previstas no Código de Processo Civil, e ainda, àquelas fundadas no poder geral de cautela.

Com escopo no dispositivo constitucional que trata da improbidade administrativa, o art. 37, §4º, a Lei nº 8.429/92 previu três medidas cautelares típicas: a indisponibilidade dos bens (art. 7º), o sequestro dos bens (art. 16) e o afastamento do agente público (art. 20). Esta que visa garantir a eficácia da instrução processual da ação de improbidade administrativa; e aquelas, de natureza eminentemente patrimonial, que visam garantir a eficácia dos provimentos judiciais condenatórios de ressarcimento ao erário.

Tendo em consideração os objetivos desta monografia, empreenderemos análise das cautelares de afastamento temporário de agente público e de indisponibilidade de bens na ação de improbidade. Deixamos de realizar estudo específico do sequestro por duas razões: a similaridade dessa providência com a indisponibilidade de bens e por não ter sido prevista medida equivalente no processo do Tribunal de Contas da União.

4.1 Afastamento temporário do agente público

O afastamento temporário do agente público é medida cautelar prevista no parágrafo único do art. 20 da Lei nº 8.429/92. Esta medida apresenta nítido escopo de garantir a eficácia das providências voltadas para a obtenção de provas e a adequada instrução do processo.

Adverte a doutrina que não se deve confundir essa medida cautelar com a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos, uma vez que estas são sanções que somente podem ser impostas por intermédio de sentença de mérito que julgar procedente ação de improbidade administrativa contra o réu agente público⁷⁰.

O dispositivo afirma que o afastamento pode ser ordenado sempre que a providência se mostre necessária para a instrução processual, afastando qualquer cunho sancionatório antecipado do afastamento. A outorga dessa medida sem que estejam presentes os requisitos pode configurar grave violação às garantias constitucionais do acusado relativas ao devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e do estado de inocência.

Importante essa distinção, pois o afastamento do agente público é medida que pode ser pleiteada tanto em ação cautelar preparatória visando garantir a preservação das provas para a ação de improbidade a ser ajuizada quanto em forma incidental para garantir a instrução processual da ação de improbidade administrativa já em curso.

A parte final do supracitado artigo menciona a hipótese de concessão “quando a medida for necessária à instrução processual”, redação que pode levar o intérprete a pensar que a medida só terá utilidade e eficácia se for proferida na fase investigatória, sem que haja demanda processual administrativa ou judicial instaurada. Nada obstante, a leitura da norma processual deve ser feita em harmonia com o direito material tutelado, ou seja, deve-se interpretar no sentido de maximizar a eficácia da de apuração de ato de improbidade.

O juiz deverá conceder a medida de afastamento do agente público sempre que vislumbrar o risco de que a dolosa atuação do agente, no sentido de ameaçar testemunhas, destruir documentos, dificultar a produção de perícias obste a busca da verdade material, garantindo a verossimilhança da instrução processual.

Aspecto notável da disciplina legal da medida sob estudo é a previsão da competência da autoridade judicial ou administrativa competente para determinar o afastamento do agente público do exercício de suas funções quando a medida se fizer necessária à instrução processual. Este dispositivo de lei deixa nítida a legitimação da autoridade administrativa para determinar a medida cautelar, fazendo uso do poder hierárquico-disciplinar para tutelar a probidade e o processo, em paralelo com o poder-dever conferido às autoridades judiciárias.

⁷⁰ Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, op. cit. p. 733.

Importante lembrar que o agente público, ao ser afastado de seu cargo, emprego ou função não terá prejudicada sua remuneração, incidindo aqui o princípio da irredutibilidade dos vencimentos.

Cabe registrar que esta medida cautelar deverá perdurar por um prazo determinado, prazo este não fixado na Lei nº 8.429/92, mas compatível com a necessidade da instrução processual. Deve a autoridade que aplicar a medida estipular o prazo, tendo como base o princípio da proporcionalidade, extrapolado o prazo sem que as investigações tenham sido concluídas, o agente deve retornar às suas atividades, bem como se desaparecerem o *fumus boni iuris* ou o *periculum in mora*.

É possível delinear-se um parâmetro de duração na previsão do art. 147, parágrafo único da Lei nº 8.112/90, o qual estabelece interregno de até sessenta dias, prorrogáveis por igual período, para o afastamento cautelar de servidor acusado de ilícito administrativo, destacando que a LIA deveria ter fixado prazo, de modo a evitar afastamento indefinido⁷¹.

A doutrina divide-se quanto à questão relativa aos requisitos para concessão do afastamento cautelar anteriormente ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A primeira linha de entendimento postula que somente deve ser concedido caso haja provas da perturbação à instrução. Os defensores dessa tese destacam o caráter excepcional da medida tendo em vista somente deve ser adotada quando presentes os pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* caracterizados por evidências de que o agente esteja na iminência de ou já esteja praticando atos como coação de testemunhas, ocultação de documentos, criação de tumulto na unidade em que esteja lotado etc.

A segunda entende que a mera probabilidade de o agente vir a interferir na investigação já autoriza a medida cautelar, devendo o *periculum* ser extraído da própria conduta do agente, a qual, pela sua gravidade, induz a presunção de que a sua permanência no cargo importa em risco à instrução regular do processo⁷². Sem embargo da necessidade de prudência e moderação no uso da medida, não se mostra razoável e eficaz a exigência de

⁷¹ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. O Limite da improbidade administrativa: o direito dos administrados dentro da Lei nº 8.429/92. 2ª ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 681/693.

⁷² Fábio Medina Osório defende enfaticamente essa exegese, argumentando que: “Em primeiro lugar, se existem indícios de que o Administrador Público, ficando em seu cargo, poderá perturbar, de algum modo, a coleta de provas do processo, o afastamento liminar se impõe imediatamente, inexistindo poder discricionário da autoridade judiciária. Não se mostra imprescindível que o agente público tenha, concretamente, ameaçado testemunhas ou alterado documentos, mas basta que, pela quantidade de fatos, pela complexidade da demanda, pela notória necessidade de dilação probante, se faça necessário, em tese, o afastamento compulsório e liminar do agente público do exercício de seu cargo, sem prejuízo de seus vencimentos, enquanto persistir a importância da coleta de elementos informativos ao processo”. op. cit. p. 164/165. No mesmo sentido Wallace Paiva Martins Júnior, op. cit. p. 446.

comprovação, em todos os casos, da prática de atos de turbação para a concessão da medida. É que na maioria das vezes a prova de coação, supressão de documentos e outras condutas similares é bastante difícil e o tempo necessário a sua obtenção acaba por esvaziar a finalidade do afastamento, uma vez que ao se submeter os indícios ao juiz o prejuízo já se concretizou.

4.2 *Indisponibilidade de bens*

A cautelar de indisponibilidade de bens encontra-se capitulada no art. 37, §4º Constituição da República dentre as medidas aplicáveis aos agentes que praticarem atos de improbidade. A sua topografia no texto constitucional ao lado de medidas de caráter sancionatório poderia conduzir à errônea impressão de que se trata de penalidade ao ato de improbidade administrativa.

Todavia, conforme atesta a doutrina em uníssono⁷³, não resta dúvida de que a indisponibilidade é providência cautelar cujo objetivo é a defesa do direito difuso da sociedade - e também do interesse do Estado - na incolumidade do patrimônio público. Sob o prisma instrumental, preordena-se a assegurar a eficácia das condenações de caráter patrimonial por meio da constrição de bens suficientes à satisfação de eventual condenação ao ressarcimento de bens ou valores.

A medida de segurança patrimonial está prevista no art. 7º, parágrafo único, da Lei nº 8.429/92, tendo o legislador especificado seu cabimento nas hipóteses em que se mostrarem presentes indícios de enriquecimento ilícito e/ou de causação de prejuízo ao erário pelo agente ao qual se imputa o ato de improbidade. Trata-se de medida como cautelar de segurança patrimonial, semelhante ao arresto, uma vez que voltada para garantia da satisfação de futura execução por quantia certa contra o réu quando houver fundado receio de que este poderá cair em insolvência ou praticar atos para frustrar a futura execução.

Necessário, todavia, distinguir a cautelar em comento do arresto, uma vez que este exige a prova literal de dívida líquida e certa (art. 814, I do CPC), enquanto a cautelar prevista

⁷³ Fernando Capez afirma a natureza cautelar da medida, asseverando que: “No que toca à indisponibilidade de bens, esta é tratada na Constituição Federal como penalidade. Mencione-se que dita medida constitui uma providência processual de caráter nitidamente cautelar, destina a garantir a futura recomposição do patrimônio ou a execução da pena pecuniária que vier a ser imposta, do qual o arresto e o sequestro cautelares de bens são suas espécies”. op. cit. p. 200.

No mesmo sentido: Wallace Paiva Martins Júnior (op. cit. p. 451), Emerson Garcia e Rodrigo Pacheco Alves (Op. cit. p. 746/747), Fábio Medina Osório (op. cit. p. 159) e Eduardo José da Fonseca Costa (A indisponibilidade cautelar de bens na ação de improbidade. In: Tendências do Moderno Processo Civil Brasileiro – Aspectos individuais e coletivos das tutelas preventivas e ressarcitórias. Belo Horizonte: Forum, 2005. p. 257)

na LIA pode ser concedida mesmo em situação de dano ou enriquecimento ilícito apenas estimado, portanto sem os tributos de liquidez e certeza.

Esta medida se diferencia também do sequestro por dispensar a individualização dos bens pelo autor, abrangendo a universalidade de bens ou valores do patrimônio do réu ou de terceiro. É certo que a medida da indisponibilidade de bens deve incidir sobre o montante necessário à plena reparação do dano e não sobre todo o patrimônio do réu quando este apresentar bem superior ao prejuízo. A jurisprudência do STJ tem se manifestado pela desnecessidade de individualização dos bens para a decretação de indisponibilidade, considerando que se trata de medida diversa do sequestro⁷⁴.

Importante ressaltar que o art. 7º, parágrafo único da lei de improbidade administrativa, é expresso com relação à extensão da indisponibilidade dos bens, ou seja, a medida deve incidir sobre os bens suficientes para reparar o dano ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito.

A indisponibilidade de bens tem por conteúdo a inalienabilidade, impenhorabilidade, impedindo a transmissão dominial, a movimentação dos ativos financeiros e de quaisquer operações mobiliárias e imobiliárias. A sua decretação obsta a alienação, a transação, a disposição, impedindo que o bem venha a sofrer posterior penhora, arresto, sequestro por dívidas de terceiros⁷⁵.

A indisponibilidade retira o poder jurídico do réu de livre disposição sobre os bens. Há, portanto, uma alteração no título da posse, uma vez que o réu passa a depositário da coisa,

⁷⁴ EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE DISPOSITIVO CONSIDERADO VIOLADO. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 284 DO STF, POR ANALOGIA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 20, P. ÚN., DA LEI N. 8.429/92. NECESSIDADE DE AFASTAMENTO DO SERVIDOR PÚBLICO RECORRIDO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DESTA CORTE SUPERIOR. INDISPONIBILIDADE DE BENS. DILAPIDAÇÃO PATRIMONIAL. *PERICULUM IN MORA* PRESUMIDO NO ART. 7º DA LEI N. 8.429/92. INDIVIDUALIZAÇÃO DE BENS. DESNECESSIDADE.

[...]

7. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça está consolidada pela desnecessidade de individualização dos bens sobre os quais se pretende fazer recair a indisponibilidade prevista no art. 7º, p. ún., da Lei n. 8.429/92, considerando a diferença existente entre os institutos da "indisponibilidade" e do "sequestro de bens" (este com sede legal própria, qual seja, o art. 16 da Lei n. 8.429/92). Precedentes.

8. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido. Brasil. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 967.841 - PA (2007/0158458-5) RELATOR: Min. Mauro Campbell Marques

⁷⁵ “A indisponibilidade dos bens impõe a inalienabilidade e a impenhorabilidade, obstando a transmissão dominial, a movimentação de ativos financeiros e quaisquer operações mobiliárias ou imobiliárias. É fator de ineficácia de ineficácia da disposição do bem, pois suspende a licitude do objeto, inviabilizando a regularidade de sua alienação, transação, disposição etc., impedindo, também, que o bem seja afetado por posterior ingresso em penhora, arresto ou sequestro por dívidas a terceiro, pois, do contrário, por via oblíqua, permitiria ao réu obter o que a lei proíbe e frustrar os efeitos acautelatórios da medida, ainda que os títulos se tenham formalizado antes do decreto de inalienabilidade, só podendo obter registro após o cancelamento da indisponibilidade” MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Op. cit. p. 458.

estando impedido de aliená-la. Esta é uma diferença marcante em relação ao arresto, no qual o réu retém o poder de alienar⁷⁶.

Destaque-se que eventual alienação de bem indisponível será válido e eficaz somente entre as partes, não podendo ser oposto ao autor da ação, pois tal ato é ineficaz perante o Erário. Dado, porém, o caráter cautelar da medida, caso o ressarcimento do prejuízo seja garantido de outra forma, a eventual alienação tem plena validade jurídica. Observe-se que a eficácia relativa somente ocorrerá se a alienação for anterior ao recebimento pelo órgão de registro (cartório, Comissão de Valores Mobiliários, Banco Central do Brasil) da intimação da medida cautelar, quando então o bem se torna inalienável.

Quando a indisponibilidade recair sobre bens imóveis, o importante é garantir sua inalienabilidade, o que se materializa por intermédio da inscrição do ato judicial no respectivo Registro Imobiliário. Porém, nada impede que o ímprobo continue a exercer a sua posse, salvo se houver comprovação de dilapidação do bem. Quanto aos móveis, nada impede, desde que se preste contas ao juiz do processo que o próprio réu figure como depositário, medida esta que deve ser vista com cuidado em razão da facilidade de desvio de bens de tal natureza.

O art. 7º supracitado estabelece que quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito caberá à autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público para a indisponibilidade dos bens do indiciado. Observe-se que é dever da autoridade administrativa representar o Ministério Público para postulá-lo judicialmente. Porém, tendo o *parquet* elementos suficientes da ocorrência de enriquecimento ilícito ou lesão ao erário, está legitimado a fazê-lo. Assim, tendo o Ministério Público notícia da ocorrência de ato de improbidade administrativa através de inquérito civil, por exemplo, poderá ele mesmo tomar a iniciativa de requerer a decretação da indisponibilidade de bens dos requeridos na ação que venha a ajuizar.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que é possível a decretação da indisponibilidade em caráter antecedente ao ajuizamento da ação de improbidade administrativa⁷⁷. Como é difícil apurar a extensão exata do dano causado, deve o pedido de

⁷⁶ Eduardo José Fonseca Costa, op. cit. p. 264/265.

⁷⁷EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MEDIDA CAUTELAR INCIDENTAL. INDISPONIBILIDADE E SEQUESTRO DE BENS ANTES DO RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. POSSIBILIDADE.

1. É possível a determinação de indisponibilidade e sequestro de bens, para fins de assegurar o ressarcimento ao Erário, antes do recebimento da petição inicial da Ação de Improbidade. Precedente do STJ.

2. O fato de a Lei 8.429/1992 prever contraditório prévio ao recebimento da petição inicial (art. 17, §§ 7º e 8º) não restringe o cabimento de tais medidas, que têm amparo em seus arts. 7º e 16 e no poder geral de cautela do magistrado, passível de ser exercido mesmo *inaudita altera pars* (art. 804 do CPC).

indisponibilidade ser amplo a fim de garantir uma futura recomposição do prejuízo. O autor da demanda deve especificar os valores e o réu deve indicar quais os bens que sofrerão a restrição da medida cautelar.

Controverte-se em doutrina a possibilidade de extensão da medida constritiva a bens adquiridos antes dos atos supostamente de improbidade. Parte significativa da doutrina entende que, proferida esta medida cautelar, a indisponibilidade dos bens deverá recair sobre tantos bens quantos bastem ao ressarcimento do dano ou sobre tantos quantos correspondam ao valor do acréscimo patrimonial resultante do ato de improbidade, não importando quando foram adquiridos, ou seja, pode atingir tantos bens adquiridos pelo requerido antes quando depois da prática do ato de improbidade⁷⁸.

Não permitir a indisponibilidade dos bens daquele agente suspeito de improbidade por critério de temporalidade significa conferir excessivo peso ao direito de propriedade em prejuízo da probidade administrativa, uma vez que o agente responde com seu patrimônio pelos prejuízos causados a terceiros, seja agente privado ou a Administração Pública.

Vale lembrar que os bens do devedor são a garantia do credor, essa regra no âmbito civil, art. 186 do Código Civil não pode ser diferente para o agente público. Se a medida cautelar não alcançar os bens do agente público adquiridos antes da prática do ato de improbidade corresponde a torná-la ineficaz, uma vez que ao tempo da instauração da demanda principal podem já não existir bens capazes de ressarcir o prejuízo causado ou o acréscimo caracterizado como enriquecimento ilícito.

Em sede pretoriana, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça inclinou-se inicialmente pelo entendimento de que a indisponibilidade patrimonial só atinge bens adquiridos depois da prática do ato de improbidade administrativa⁷⁹. O exame dos arestos

3. Afasta-se o óbice consignado no acórdão recorrido, cabendo à instância ordinária verificar a presença dos requisitos ensejadores das medidas cautelares buscadas.

4. Recurso Especial parcialmente provido. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL Nº 930.650 - DF (2007/0046486-8) RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN

⁷⁸ Eduardo José da Fonseca Costa acentua que o regramento do arresto no CPC admite a constrição sobre bens adquiridos anteriormente, não havendo razão para se interpretar a indisponibilidade na LIA de forma diversa. Admite o autor somente a possibilidade da primeira interpretação no caso de acréscimo patrimonial ilícito. op. cit. p. 272.

⁷⁹ A indisponibilidade de bens, para os efeitos da lei 8.429/92, só pode ser efetivada sobre os adquiridos posteriormente aos atos supostamente de improbidade. A decretação da disponibilidade e o seqüestro de bens, por ser medida extrema, há de ser devidamente e juridicamente fundamentada, com apoio nas regras impostas pelo devido processo legal, sob pena de se tornar nula. Inocorrência de verificação dos pressupostos materiais para decretação da medida, quais sejam, existência de fundada caracterização da fraude e o difícil ou impossível ressarcimento do dano, caso comprovado. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 2002/0052962-9. Primeira Turma. Relator: Min. José Delgado. 17 set. 2002. Diário da Justiça, p. 295, 21 out. 2002.

mais recentes daquela Corte, todavia, indica mudança na linha de compreensão no sentido de que a indisponibilidade de bens atingirá os bens adquiridos antes e depois do suposto ato de improbidade⁸⁰.

Outro aspecto objeto de intensa controvérsia doutrinária diz respeito à configuração da situação de risco de frustração da futura execução que constitui um dos requisitos para a concessão da medida. A indisponibilidade dos bens é medida cautelar devendo estar presentes, para sua concessão, a observância dos requisitos essenciais das cautelares quais sejam: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. O dissenso que se estabelece diz respeito ao modo de aferição do *periculum in mora* que autoriza a intervenção cautelar para constrição do patrimônio do réu.

Mauro Roberto Gomes de Mattos⁸¹, dentre outros estudiosos da matéria, defende a necessidade de demonstração do *periculum in mora* no caso concreto, devendo ser evitada a presunção do risco sob pena de violação dos direitos e garantias constitucionais do acusado.

Por outro lado, significativa parcela da doutrina entende que é desnecessária a demonstração da ocorrência de atos concretos de dilapidação patrimonial ou de evasão de bens para que conclua pela presença do *periculum*. Para os defensores dessa corrente a defesa do direito difuso à incolumidade do patrimônio público impõe a interpretação/aplicação da norma adjetiva de sorte a garantir que agente ímprobo não dilapide ou desvie bens com vistas a afastar a reparação do dano causado ao erário.

O exame das situações concretas evidencia que atos dessa natureza são praticados de forma sub-reptícia, de modo que a exigência de sua demonstração em juízo mostra-se difícil e demorada. Exigir essa demonstração retira a eficácia da medida de segurança a ponto de torná-la praticamente inócua, como observa Fábio Medina Osório⁸² ao examinar a cautelar análoga de sequestro de bens:

Primeiro, não se mostra crível aguardar que o agente público comece a dilapidar o seu patrimônio para, só então, promover o ajuizamento da medida cautelar autônoma de sequestro de bens. Tal exigência traduziria concreta perspectiva de impunidade e de esvaziamento do sentido rigoroso da legislação. O *periculum in*

⁸⁰ Administrativo. Processo civil. Ação de improbidade administrativa. Violação do art. 535 do CPC. Omissão não-configuração. Violação do art. 1º da lei n. 8.009/90. Necessidade de revolvimento Fático. Tribunal a que assentou não estar caracterizado o bem de Família. Análise dos pressupostos do *fumus boni iuris* e extensão da pena. Liminar. Juízo provisório. Súmula 07/STJ art. 7º da lei n. 8.492/92, possibilidade de constrição dos bens adquiridos. Anteriores ao fato alegado. Jurisprudência do STJ. Dissídio Jurisprudencial. Não-demonstração. Recurso parcialmente conhecido e improvido. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 2006/0059611-3. Segunda Turma. Relator: Min. Humberto Martins. 15 maio 2008. Diário da Justiça, 27 maio 2008.

⁸¹ op. cit. p. 208.

⁸² op. cit. p. 162/163.

mora emerge, via de regra, dos próprios termos da inicial, da gravidade dos fatos, do montante, em tese, dos prejuízos causados ao erário.

Afigura-se mais consentânea com a proteção do direito substancial a corrente que entende dispensável a demonstração, por parte do autor da ação de improbidade, de indícios de atos que configuram o *periculum in mora* na tomada de medidas cautelares de indisponibilidade de bens. Militam em favor dessa tese, além dos argumentos já expostos, a disposição clara da Lei de Improbidade Administrativa, em seu art. 7º, de que basta a causação lesão ao patrimônio público ou enriquecer ilicitamente que estará comprovado o cabimento da medida⁸³.

O *periculum in mora* deve ser aferido, portanto, de elementos fáticos contidos na inicial da ação de improbidade, ou na inicial da cautelar preparatória, relativos à caracterização do ato de improbidade, das evidências da causação dolosa de prejuízo e da materialidade do valor monetário estimado do dano ao patrimônio público⁸⁴.

A duração da indisponibilidade cautelar de bens não foi objeto de regramento pela Lei nº 8.429/92, devendo-se compreender, ante o silêncio da norma legal, que a medida deve perdurar enquanto estiverem presentes os requisitos que autorizam a decretação da providência.

⁸³ Wallace Paiva Martins Júnior entende ser “Razoável o argumento que exonera a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* para a concessão da indisponibilidade de bens, apesar de opiniões contrárias. Com efeito, a lei presume esses requisitos ao autorizar a indisponibilidade, porquanto a medida acautelatória tende à garantia da execução da sentença, tendo como requisitos específicos evidências de enriquecimento ilícito ou lesão ao erário, sendo indiferente que haja fundado receio de fraude ou insolvência, porque o perigo é ínsito aos próprios efeitos do ato hostilizado. Exsurge, assim, a indisponibilidade como medida de segurança obrigatória nessas hipóteses.” op. cit. p. 454.

⁸⁴Susana Henriques da Costa vislumbra modalidade de tutela de evidência na hipótese, uma vez que fundada na alta verossimilhança do direito posto em causa: “Todavia, não exige o legislador a prova do *periculum in mora*. É o que a doutrina convencionou chamar de tutela de evidência, admitida tão-somente em função da probabilidade do direito do autor, mais especificamente, no caso de improbidade administrativa, probabilidade do direito ao ressarcimento ao erário pelo réu. Trata-se de provimento cautelar e, como tal, provisório. Não depende, porém, da prova da urgência do provimento, mas sim, da evidência do direito do autor.” op. cit. p. 651.

5 MEDIDAS CAUTELARES NOMINADAS NO PROCESSO DO TCU

5.1 Considerações gerais

A adoção da concepção ampla de processo como instrumento por meio do qual são exercidas de forma legítima as funções estatais tem como corolário o reconhecimento da existência de uma função cautelar no processo administrativo⁸⁵. Encontram-se positivadas em diversos diplomas competências para concessão de provimentos cautelares por autoridades administrativas, destacando-se a cautelar inominada capitulada no art. 45 da Lei nº 9.784/1999 e o afastamento cautelar de servidor previsto no art. 147 da Lei nº 8.112/1990.

Ao se examinar o regime jurídico processual peculiar da Corte Federal de Contas, observa-se que a Lei nº 8.443/1992 trouxe a previsão de duas medidas cautelares nominadas peculiares aos processos do TCU: o afastamento temporário de agente público e a indisponibilidade cautelar de bens.

Quanto ao poder de geral de cautela, constata-se que não houve previsão no texto constitucional ou na Lei nº 8.443/1992 de competência para emissão de provimentos cautelares inominados a ser manejado pelo TCU nos processos em que exercita suas competências judicantes ou de fiscalização da boa e regular gestão dos recursos públicos.

O poder geral de cautela da Corte Federal de Contas encontra previsão normativa somente em dispositivo do Regimento Interno do TCU, o qual concede ao relator ou colegiado o dever-poder de determinar provimentos cautelares sempre que se defrontar com situação que configure risco à eficácia do Controle, de prejuízo ao Erário ou a interesse de terceiros, podendo agir por provocação ou por iniciativa própria⁸⁶.

A possibilidade jurídica de utilização de um poder geral de cautela pelo TCU foi levada à apreciação do Supremo Tribunal Federal em duas oportunidades por intermédio de

⁸⁵ FREITAS MELLO, Shirlei Silmara de. Tutela cautelar no processo administrativo. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 463.

⁸⁶ Art. 276. O Plenário, o relator, ou, na hipótese do art. 28, inciso XVI, o Presidente, em caso de urgência, de fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, poderá, de ofício ou mediante provocação, adotar medida cautelar, com ou sem a prévia oitiva da parte, determinando, entre outras providências, a suspensão do ato ou do procedimento impugnado, até que o Tribunal decida sobre o mérito da questão suscitada, nos termos do art. 45 da Lei nº 8.443, de 1992.

mandados de segurança ajuizados contra acórdãos da Corte de Contas⁸⁷, nos quais foram expedidos provimentos cautelares para sustação de atos ou contratos⁸⁸.

O fundamento da controvérsia encontrava-se na ausência de previsão expressa no texto constitucional ou em sua lei orgânica. Ao proferir o seu voto no mandado de Mandado de Segurança nº 24510/DF, a Ministra Ellen Gracie, relatora do feito, manifestou-se pela denegação da segurança, asseverando que:

Fica claro, pois, que cabe à Corte de Contas o exame de editais de licitação publicados. [...] Por outro lado, se as Cortes de Contas têm legitimidade para determinar que os órgãos ou entidades da Administração interessada adotem as medidas necessárias ao exato cumprimento da lei, com maior propriedade, possuem legitimidade para a expedição de medidas cautelares, como a ora impugnada, a fim de prevenir a ocorrência de lesão ao erário ou a direito alheio, bem como garantir a efetividade de suas decisões.

Em voto extensamente fundamentado, o Ministro Celso Mello recorreu à Teoria dos Poderes Implícitos como fundamento para o reconhecimento de um poder cautelar geral ao TCU voltado para a defesa do Erário e a garantia da utilidade e eficácia das decisões de mérito dos nos processos de sua competência⁸⁹.

⁸⁷ Mandado de Segurança nº 25409 – DF, Relator Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJe 18/05/2007, p. 65 e Mandado de Segurança nº 26.547-DF, Relator Min. Celso de Melo, DJ 29/05/2007, p. 835.

⁸⁸ A visão até então predominante na jurisprudência do STF atribuía à atuação das Cortes de Contas um viés de controle *a posteriori*, entendendo que somente poderiam sustar atos da Administração se, depois de assinar prazo para a correção das ilegalidades, não fossem atendidas, na forma prescrita pelos incisos IX e X do art. 71 da Constituição da República.

⁸⁹ Merecem transcrição os seguintes excertos do voto do Ministro Celso Mello: “**Entendo**, Senhor Presidente, que o poder cautelar **também compõe** a esfera de atribuições institucionais do Tribunal de Contas, pois se acha **instrumentalmente** vocacionado **a tornar efetivo** o exercício, por essa Alta Corte, das **múltiplas e relevantes** competências que lhe foram **diretamente** outorgadas **pelo próprio texto** da Constituição da República.

Isso significa que a atribuição **de poderes explícitos**, ao Tribunal de Contas, **tais como enunciados** no art. 71 da Lei Fundamental da República, **supõe** que se lhe reconheça, **ainda que por implicitude**, a titularidade de meios **destinados** a viabilizar a adoção **de medidas cautelares** vocacionadas a conferir real efetividade às suas deliberações finais, **permitindo**, assim, **que se neutralizem** situações de lesividade, atual ou iminente, ao erário público.

[...]

Esta Suprema Corte, **ao exercer** o seu poder de indagação constitucional - **consoante** adverte CASTRO NUNES (“**Teoria e Prática do Poder Judiciário**”, p. 641/650, 1943, Forense) - **deve** ter presente, **sempre**, essa técnica lógico-racional, **fundada** na teoria jurídica **dos poderes implícitos**, para, através dela, **conferir eficácia real** ao conteúdo e ao exercício de dada competência constitucional, **como** a de que ora se cuida, **consideradas** as atribuições do Tribunal de Contas da União, **tais como expressamente** relacionadas no art. 71 da Constituição da República.

É por isso que entendo **revestir-se** de integral legitimidade constitucional a atribuição **de índole cautelar**, que, **reconhecida** com apoio na teoria dos poderes implícitos, **permite**, ao Tribunal de Contas da União, **adotar** as medidas **necessárias** ao fiel cumprimento de suas funções institucionais e ao pleno exercício das competências que lhe foram outorgadas, **diretamente**, pela própria Constituição da República.

Não fora assim, e desde que adotada, na espécie, uma indevida perspectiva reducionista, **esvaziar-se-iam**, por completo, as atribuições constitucionais **expressamente** conferidas ao Tribunal de Contas da União.

[...]

Na realidade, o exercício do poder de cautela, pelo Tribunal de Contas, **destina-se** a garantir a própria **utilidade** da deliberação final a ser por ele tomada, **em ordem a impedir** que o eventual retardamento na apreciação do

A par de afirmar a constitucionalidade da emissão de provimentos cautelares pelos tribunais de contas fundados no poder geral de cautela, a fundamentação adotada nos referidos arestos da Corte Suprema constitui reconhecimento da função judicante do TCU e da harmonia entre as disposições legais relativas a medidas cautelares nominadas nos processos da Corte de Contas e a norma fundamental.

É nosso entendimento que a tutela adequada do direito à probidade na Administração não pode ser restringida pela ausência de previsão nas normas adjetivas de determinada providência processual⁹⁰. Conforme já exposto neste estudo, as funções de julgamento cometidas ao TCU são exercidas por meio de um processo quase-judicial e submetem-se ao conjunto de princípios processuais inscritos na Constituição da República. Por esses fundamentos, assim como ao Poder Judiciário, incumbe à Corte de Contas adotar as medidas assecuratórias necessárias à defesa do erário e da correta gestão da coisa pública sempre que presentes os requisitos de risco fundado e iminente de ocorrência ou continuidade de lesão aos bens jurídicos tutelados por meio do processo de contas ou de fiscalização de atos e contratos.

A adoção de visão em contrário importaria, na prática, na necessidade de o TCU recorrer ao Poder Judiciário sempre que enfrentasse tais situações, o que representaria a introdução de complexo incidente processual em franco prejuízo à eficácia da tutela da probidade.

5.2 Afastamento temporário de agente público

A medida cautelar nominada de afastamento temporário de agente público encontra-se prevista no art. 44 da Lei Orgânica do TCU, vazado nos seguintes termos:

mérito da questão suscitada culmine **por afetar, comprometer e frustrar** o resultado **definitivo** do exame da controvérsia.

[...]

Assentada tal premissa, **que confere especial ênfase ao binômio utilidade/necessidade**, torna-se essencial reconhecer - **especialmente** em função do próprio modelo brasileiro de fiscalização financeira e orçamentária, e **considerada**, ainda, a doutrina dos poderes implícitos - **que a tutela cautelar** apresenta-se como instrumento processual **necessário e compatível** com o sistema de controle externo, **em cuja concretização** o Tribunal de Contas desempenha, **como protagonista autônomo**, um dos mais relevantes papéis constitucionais **deferidos** aos órgãos e às instituições estatais.” (grifo do autor)

⁹⁰ Ao comentar a amplitude do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, Nelson Nery Junior observa que esse vetor impõe a prestação da tutela urgente mesmo na ausência de ou contra dispositivo processual: “Pelo princípio constitucional do direito de ação, além do direito ao processo justo, todos têm direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada. Não é suficiente o direito à tutela jurisdicional. É preciso que essa tutela seja adequada, sem o que estaria vazio de sentido o princípio. **Quando a tutela adequada for medida urgente, o juiz, preenchidos os requisitos legais, tem de concedê-la, independentemente de haver lei autorizando, ou, ainda, que haja lei proibindo a tutela urgente**” (grifo nosso) NERY JÚNIOR, Nelson, op. cit. p. 172.

Art. 44. No início ou no curso de qualquer apuração, o Tribunal, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, determinará, cautelarmente, o afastamento temporário do responsável, se existirem indícios suficientes de que, prosseguindo no exercício de suas funções, possa retardar ou dificultar a realização de auditoria ou inspeção, causar novos danos ao erário ou inviabilizar o seu ressarcimento.

Analisando as hipóteses legais de cabimento, verifica-se que a cautelar de afastamento temporário no processo do TCU não se limita ao conteúdo de defesa da regular instrução processual, a exemplo da medida cautelar equivalente na ação civil pública de improbidade administrativa.

Com efeito, o dispositivo especifica três hipóteses distintas de cabimento do provimento cautelar voltado para a remoção temporária do agente público supostamente responsável pela prática de atos ilícitos alcançados pela esfera de competência da Corte de Contas.

Examinando a primeira das hipóteses, verifica-se que a lei prevê a situação em que o agente público age visando retardar ou dificultar a realização de auditoria ou inspeção⁹¹.

Ressalte-se que a instrução probatória nos processos do TCU é presidida pelo Relator e realizada pelas unidades técnico-executivas do Tribunal por intermédio de diligências ou procedimentos de inspeção e auditoria por meio dos quais os auditores federais de controle externo examinam documentos, registros, sistemas informatizados, obras, serviços e instalações.

Dispõe o art. 42 da Lei nº 8.443/92 que “Nenhum processo, documento ou informação poderá ser sonegado ao Tribunal em suas inspeções ou auditorias, sob qualquer pretexto”. Ademais, o art. 87 do citado diploma assegura acesso aos auditores do Tribunal de Contas

⁹¹ A adoção da cautelar de afastamento temporário pelo TCU em situação concreta de criação de obstáculo à realização de auditoria deu-se pela primeira vez por meio do Acórdão nº 179/1996 – Plenário, assim ementado: EMENTA: Representação formulada pela SECEX/SC contra o Conselho Regional de Medicina em Santa Catarina. Obstáculo criado pela Entidade à realização de auditoria. Multa. Afastamento Temporário do Presidente do Conselho. - Entidade de Fiscalização Profissional. Comentários sobre natureza jurídica, subordinação à fiscalização do TCU e Obrigatoriedade de realização de concurso público para admissão de pessoal. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 179/1996 – Plenário, Sessão de 16/10/1996, DOU 04/11/1996.

O Supremo Tribunal Federal ratificou a legalidade do manejo da cautelar sob estudo pelo TCU no julgamento do Mandado de Segurança nº 22643/SC, impetrado contra o Acórdão nº 179/2006 – Plenário, assim ementado: EMENTA: Mandado de segurança. - Os Conselhos Regionais de Medicina, como sucede com o Conselho Federal, são autarquias federais sujeitas à prestação de contas ao TCU por força do disposto no inciso II do artigo 71 da atual Constituição. - Improcedência das alegações de ilegalidade quanto à imposição, pelo TCU, de multa e de afastamento temporário do exercício da Presidência ao Presidente do Conselho Regional de Medicina em causa. Mandado de segurança indeferido. BRASIL. Supremo Tribunal federal. Mandado de Segurança nº 22643-SC, Relator: Min. MOREIRA ALVES, Julgamento: 06/08/1998, Tribunal Pleno, DJ 04-12-1998, p. 13.

irrestrito aos órgãos e entidades jurisdicionados e a qualquer documento ou informação necessários ao cumprimento de missão de fiscalização de recursos públicos⁹².

A eficácia desses procedimentos depende de ampla colaboração dos agentes responsáveis pela gestão dos recursos públicos, restando severamente prejudicada a fiscalização - senão completamente inviabilizada - ante a sonegação de informações ou a imposição de obstáculos ao livre acesso às fontes de informação.

Nesse sentido, a medida cautelar de afastamento temporário tem objetivo análogo ao afastamento do cargo previsto na LIA: garantir a eficácia e celeridade das atividades de conteúdo probatório, as quais poderiam restar prejudicadas ou retardadas por condutas comissivas ou omissivas dos agentes públicos envolvidos nas práticas ímprobas.

Por se tratar de medida extremamente gravosa para o agente afastado, bem como para o próprio ente público ao qual se encontra vinculado o agente, o afastamento temporário deve ser manejado com extrema prudência. A decisão deve estar embasada em juízo de ponderação entre, de um lado, os elementos configuradores do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* e, de outro, o imperativo de minimizar os efeitos de medida tão extrema sobre a esfera de direitos do agente e sobre os interesses do regular e eficiente funcionamento da unidade administrativa em questão.

De modo idêntico à omissão verificada na LIA, a Lei Orgânica do TCU não fixou prazo nem estabeleceu parâmetros objetivos para a duração da medida. Evidentemente esta medida cautelar deverá ser imposta por um prazo determinado, a ser estipulado de forma compatível com a duração do procedimento de fiscalização objeto de cerceamento ou o tempo necessário à obtenção das informações e documentos necessários à elucidação dos fatos objeto de investigação.

De natureza diversa é a cautelar voltada para a prevenção da ocorrência de novos danos ao Erário. Não se trata, à evidência, de prevenir prejuízo à obtenção dos elementos de convicção necessários à formação do juízo de mérito, mas antes de medida preventiva da ocorrência de novos atos que configurem lesão aos cofres públicos.

⁹² “Art. 87. Ao servidor a que se refere o artigo anterior, quando credenciado pelo Presidente do Tribunal ou, por delegação deste, pelos dirigentes das unidades técnicas da secretaria do Tribunal, para desempenhar funções de auditoria, de inspeções e diligências expressamente determinadas pelo Tribunal ou por sua Presidência, são asseguradas as seguintes prerrogativas:

I - livre ingresso em órgãos e entidades sujeitos à jurisdição do Tribunal de Contas da União;

II - acesso a todos os documentos e informações necessários à realização de seu trabalho;

III - competência para requerer, nos termos do regimento interno, aos responsáveis pelos órgãos e entidades objeto de inspeções, auditorias e diligências, as informações e documentos necessários para instrução de processos e relatórios de cujo exame esteja expressamente encarregado por sua chefia imediata.”

Emerge da literalidade do dispositivo a idéia de que para a concessão da medida faz-se necessária a constatação de evidências ou fortes indícios da ocorrência de prejuízo ao erário, uma vez que a lei utiliza a expressão “novos danos ao erário”.

Nada obstante, entendemos que deverá ser concedida a medida cautelar de afastamento temporário quando, mesmo que ainda não configurado prejuízo, haja provas robustas de que o agente público esteja praticando atos dolosos visando desviar ou apropriar-se indevidamente de bens ou dinheiros pertencentes à União.

Apesar de serem frequentes as situações em que a permanência de agente público no cargo representa grave perigo de configuração ou continuidade da ocorrência de dano aos cofres públicos, não se encontra na jurisprudência do TCU qualquer precedente de aplicação da cautelar sob essa fundamentação⁹³.

A hipótese prevista na parte final do dispositivo sob exame trata de manejo da tutela cautelar para defesa da eficácia da apuração dos fatos que configurem prejuízo ao erário. Com efeito, o afastamento temporário do agente público pode ocorrer quando constatados indícios de que o agente está praticando, ou está na iminência de praticar, atos que impossibilitem o ressarcimento dos prejuízos aos cofres públicos já constatados nos autos de processo de contas ou de fiscalização de atos e contratos.

A supressão ou alteração de registros, documentos ou evidências físicas são exemplos de atos que podem tornar inviáveis a quantificação monetária do prejuízo e/ou a identificação dos agentes que deram causa aos atos lesivos aos cofres públicos.

Cumprir registrar que a cautelar sob estudo pode ser decretada de ofício pelo Relator ou pelo Plenário, podendo ainda ser concedida por provocação do Ministério Público junto ao TCU. A possibilidade de decretação *ex officio* do afastamento temporário é uma das

⁹³ O exame do relatório e voto do Acórdão nº 2.766/2009 – Plenário, Sessão de 18/11/2009, DOU 20/11/2009, demonstra que a situação de fato examinada amoldava-se à hipótese sob estudo, tendo a Unidade Técnica consignado que “[...] a ampla participação do Chefe do Serviço de Engenharia e do Engenheiro-Supervisor [...] no cometimento das irregularidades detectadas pela Equipe, além de constituírem o *fumus boni iuris* fundamental à cautelar, não deixam dúvidas de que sua permanência em suas funções poderá significar a causa de novos danos.”

Não obstante, o fundamento para o afastamento cautelar dos agentes públicos exposto no voto condutor da deliberação foi a criação de óbice ao exercício da fiscalização, conforme extrai-se do seguinte excerto: “O *periculum in mora* inerente à medida cautelar proposta reside na possibilidade de os responsáveis, com poder de decisão, adotarem medidas tendentes ao desvio de provas e documentos necessários ao regular andamento dos trabalhos de fiscalização desenvolvidos por este Tribunal junto à Entidade. 27. Ao contrário do alegado pelo ex-Superintendente Regional do DNIT no Paraná, Sr. David José de Castro Gouvêa, ainda não foram concluídos os procedimentos fiscalizatórios, porquanto uma parcela significativa das irregularidades versadas neste processo ainda deverá ser apurada complementarmente nas quatro representações a serem constituídas mediante apartados (anexos 12, 13, 16 e 20).”

características notáveis da cautelar no processo no TCU, uma vez que este não se encontra submetido ao princípio dispositivo.

A despeito da amplitude e da relevância da medida conforme acima exposto, o exame da jurisprudência do TCU evidencia que a Corte de Contas tem sido excessivamente parcimoniosa no deferimento dessa cautelar, constatando sua decretação em um número reduzidíssimo de casos desde a entrada em vigor da Lei nº 8.443/1992⁹⁴.

5.3 Indisponibilidade de bens

A medida cautelar de decretação de indisponibilidade dos bens do agente que pratica ato ilícito do qual resulte dano ao Erário é sem dúvida um dos mais importantes instrumentos de que dispõe o TCU para garantir a eficácia da execução de suas decisões que impõe condenação de ressarcimento de prejuízos causado ao patrimônio público.

A competência do TCU para expedição de provimento cautelar dessa natureza encontra-se capitulada no §2º do art. 44 da Lei nº 8.443/1992⁹⁵ e haure sua legitimidade constitucional nas disposições do art. 37, §4º da Constituição da República, o qual prevê a indisponibilidade de bens como uma das medidas com as quais a lei ordinária poderá instrumentalizar o combate o ato de improbidade.

A atribuição pelo ordenamento jurídico ao TCU do poder de determinar a intervenção na liberdade de livre disposição de bens do agente responsável constitui um dos mais eloquentes exemplos da natureza *sui generis* da jurisdição de contas. Com a exceção feita às Cortes de Contas, medida cautelar dessa natureza somente pode ser decretada por autoridade judicial, como se dá na ação civil pública por improbidade administrativa e na cautelar fiscal.

⁹⁴ Pesquisa no sistema de jurisprudência sistematizada do portal do TCU na Internet (<<http://portal2.www.tcu.gov.br>>), realizada em 23/05/2011, revela que a medida cautelar de afastamento temporário foi adotada em apenas quatro ocasiões: Acórdão nº 179/1996 – Plenário, Ata nº 41/1996, DOU de 04/11/1996; Acórdão nº 54/1997 – Plenário, Ata nº 10/1997, DOU de 15/04/1997; Acórdão nº 2.766/2009 – Plenário, Ata nº 49/2009, DOU de 20/11/2009; e Decisão nº 128/2002 – Plenário, Ata nº 05/2002, DOU de 08/03/2002.

⁹⁵ Art. 44. No início ou no curso de qualquer apuração, o Tribunal, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, determinará, cautelarmente, o afastamento temporário do responsável, se existirem indícios suficientes de que, prosseguindo no exercício de suas funções, possa retardar ou dificultar a realização de auditoria ou inspeção, causar novos danos ao Erário ou inviabilizar o seu ressarcimento.

§ 1º Estará solidariamente responsável a autoridade superior competente que, no prazo determinado pelo Tribunal, deixar de atender à determinação prevista no caput deste artigo.

§ 2º Nas mesmas circunstâncias do caput deste artigo e do parágrafo anterior, poderá o Tribunal, sem prejuízo das medidas previstas nos arts. 60 e 61 desta Lei, decretar, por prazo não superior a um ano, a indisponibilidade de bens do responsável, tantos quantos considerados bastantes para garantir o ressarcimento dos danos em apuração.

A providência acautelatória sob estudo ganha ainda mais relevância ante impossibilidade de o TCU executar os títulos executivos extrajudiciais que são constituídos pelos acórdãos que condenam agentes ao ressarcimento de prejuízos ou aplicam multas. A execução das condenações é de competência da Advocacia-Geral da União ou das entidades da administração indireta cujo patrimônio tenha sido lesado.

A adoção pela Corte de Contas da providência cautelar nos casos de graves prejuízos ao Erário tem o mérito de garantir a recomposição da lesão ao patrimônio público na eventualidade de condenação ao final do processo. Ademais, os procedimentos de registro da medida constritiva nos registros próprios, possibilitam o rastreamento dos bens pelo AGU em futura ação de execução, caso o processo se prolongue por mais de um ano e a cautelar perca a sua eficácia.

A exemplo do que ocorre com a cautelar de afastamento do agente público, o exame da jurisprudência do TCU evidencia que a medida de segurança patrimonial sob estudo foi aplicada pouco mais de dez vezes desde a entrada em vigor da Lei nº 8.443/1992⁹⁶. Esse número reduzidíssimo contrasta com os milhares de acórdãos proferidos todos os anos pela Corte de Contas condenando agentes públicos e privados ao ressarcimento de prejuízos ao erário.

Uma das possíveis causas é a redação confusa e pouco técnica utilizada pelo legislador na LOTCU, uma vez que a cautelar de indisponibilidade encontra-se prevista em parágrafo do artigo 44 da lei, cujo *caput*, como vimos, trata do afastamento cautelar de agente público. Como veremos, essa circunstância dificulta a interpretação da norma legal, constituindo-se em um obstáculo à aplicação segura da medida.

Dadas a importância e a complexidade da providência em estudo, deveria a indisponibilidade ser, *de lege ferenda*, tratada em artigo próprio com o devido detalhamento de suas hipóteses de cabimento, requisitos, conteúdo e prazo de duração.

⁹⁶ Pesquisa no sistema de jurisprudência do portal do TCU na Internet (<<http://portal2.www.tcu.gov.br>>), realizada em 23/05/2011, revela que a medida cautelar de indisponibilidade foi adotada pelo TCU em apenas doze ocasiões: Decisão nº 26/2001, Ata nº 3/2001, DOU de 9/2/2001; Decisão nº 297/2001, Ata nº 20/2001, DOU de 1/6/2001; Decisão nº 763/2001, Ata nº 40/2001, DOU de 28/9/2001; Decisão nº 1005/2002, Ata nº 28/2002, DOU de 16/8/2002; Decisão nº 1693/2002, Ata nº 47/2002, DOU de 26/12/2002; Acórdão nº 891/2003, Ata nº 27/2003, DOU de 24/07/2003; Acórdão nº 1.362/2003, Ata nº 36/2003, DOU de 26/09/2003; Acórdão nº 488/2008, Ata nº 09/2009, DOU de 28/03/2008; Acórdão nº 2.456/2009, Ata nº 44/2009, DOU de 23/10/2009; Acórdão nº 2.675/2009, Ata nº 48/2009, DOU de 13/11/2009; Acórdão nº 2.766/2009, Ata nº 49/2009, DOU de 20/11/2009; e Acórdão nº 3.273/2010, Ata nº 49/2009, DOU de 14/12/2010, todos do Plenário do TCU.

Ao descrever a hipótese de cabimento da cautelar, a Lei Orgânica do TCU refere-se às mesmas “condições” descritas no caput do art. 44 e em seu § 1º, redação que sugere que a decretação de indisponibilidade seria cabível em qualquer das três hipóteses descritas no art. 44, bem como de responsabilidade solidária prevista no parágrafo antecedente. Tratando-se de medida de segurança patrimonial, a decretação cautelar da indisponibilidade de bens do responsável no âmbito de processo de contas ou de fiscalização no âmbito do TCU tem como requisito fundamental a presença de elementos de convicção quanto à ocorrência de grave prejuízo aos cofres públicos imputável ao agente em consideração. Observa-se que a abrangência da medida nos processos da Corte de Contas é mais restrita do que na Ação de Improbidade Administrativa, uma vez que naquela a medida pode ser decretada em razão de indícios de enriquecimento ilícito do agente público, ainda que não haja prejuízo ao erário.

Resta evidente, portanto, que a cautelar sob exame somente seria aplicável à situação de constatação de lesão ao erário referida no art. 44 da Lei nº 8.443/1992, uma vez que as duas outras hipóteses ali previstas cuidam de defesa da regular instrução probatória para as quais a medida cautelar adequada é o afastamento temporário.

Importa observar, ainda, que o cabimento da cautelar de constrição patrimonial de bens não está adstrita à situação de perigo de causação de danos adicionais ao Erário, como novamente sugere a confusa redação da norma, mas sim àquelas situações nas quais resta caracterizada a necessidade de defesa do interesse público e difuso no ressarcimento do prejuízo em apuração⁹⁷.

Quanto à presença do *periculum in mora*, encontram-se diversos precedentes na jurisprudência do TCU posicionando-se pela necessidade de sua demonstração para concessão da medida cautelar⁹⁸. Essa linha decisória, a nosso ver, praticamente inviabiliza a aplicação da

⁹⁷ Ilustra essa exegese a concessão de indisponibilidade em processo de Tomada de Contas Especial pelo Plenário do TCU no Acórdão nº 1335/2006:

Ementa. REPRESENTAÇÃO. INDEPENDÊNCIA DE INSTÂNCIAS. DECRETAÇÃO CAUTELAR DA INDISPONIBILIDADE DOS BENS DO EX-EMPREGADO.

1. Não se concede pedido para prorrogação do prazo para instauração de Tomada de Contas Especial contra ex-empregado que, em sede de recurso, impugna decisão da esfera administrativa, em virtude da independência de instâncias.

2. Decreta-se cautelar de indisponibilidade de bens de responsável para a garantia do Erário público, quando presentes indícios suficientes para caracterizar a possibilidade da inviabilização do ressarcimento do débito apontado. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1335/2006 – Ata nº 31/2006 – DOU 07/08/2006.

⁹⁸ Nessa esteira se manifestou o Ministro Valmir Campelo no voto condutor do Acórdão nº 1727/2006 – Plenário, ao rejeitar a proposta de indisponibilidade de bens dos responsáveis em processo de Tomada de Contas Especial formulada pela Unidade Técnica e ratificada pelo Ministério Público junto ao TCU:

“[...] 8. Quanto à medida cautelar visando à indisponibilidade dos bens dos responsáveis, também discordo da proposta da Unidade Técnica. Entendo que se trata de medida excepcional, a qual, por sua gravidade, enseja procedimento e votação do Plenário, nos termos dos arts. 15, inciso I, alínea i, e 274 do Regimento Interno.

medida em estudo. A defesa eficaz do erário e da probidade na gestão pública impõe uma interpretação que maximize a eficácia da cautelar de indisponibilidade. Sob esse fundamento, postulamos a desnecessidade de demonstração de indícios ou evidências de dilapidação patrimonial ou evasão de bens para a concessão da medida pelo TCU. Conforme visto no subitem 5.2 supra, mesmo no âmbito judicial mostra-se difícil a obtenção de elementos probatórios da intenção do agente de evadir-se da futura execução, de modo que a exigência de demonstração do *periculum* para a decretação da indisponibilidade tornaria inviável o manejo da medida. Nos processos do TCU, a obtenção de elementos de convicção quanto a possíveis atos de dilapidação patrimonial apresenta-se ainda mais difícil, dada a natureza e as limitações dos procedimentos de investigação de que dispõe as unidades técnicas do Tribunal. De fato, o Tribunal não dispõe de poderes para determinar a quebra de sigilo bancário ou fiscal de pessoas físicas ou jurídicas, medidas que permitiriam detectar possíveis atos de alienação de bens⁹⁹.

Essas considerações corroboram o entendimento de que a Corte de Contas deve adotar o paradigma hermenêutico adotado pelo Superior Tribunal de Justiça quanto à natureza implícita do *periculum in mora* à própria natureza do ato de improbidade que causa flagrante e vultoso prejuízo ao erário.

9. Não havendo indícios suficientes que demonstrem os pressupostos de sua aplicação (art. 44, caput e § 2º, da Lei 8.443/92, e art. 273 c/c art. 274 do Regimento Interno), em condutas dos responsáveis tendentes a frustrar o ressarcimento das quantias devidas ao erário, entendendo que não deve ser aplicada a referida medida cautelar.” (grifo nosso)

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1727/2006 - Plenário, Ata nº 38/2006, DOU 22/09/2006.

A proposta de indisponibilidade cautelar feita pela Unidade Técnica em situação de evidente dano ao erário também foi rejeitada sob o mesmo argumento nos Acórdãos nº 398/2011 – Plenário, Ata nº 05/2011, DOU 23/12/2011; nº 2808/2010 – 2ª Câmara, Ata nº 18/2010, DOU 09/06/2010; e 2.811/2010 – Plenário, Ata nº 39/2010, DOU 26/10/2010.

⁹⁹ EMENTA. Mandado de Segurança. Tribunal de Contas da União. Banco Central do Brasil. Operações financeiras. Sigilo. 1. A Lei Complementar nº 105, de 10/1/01, não conferiu ao TCU poderes para determinar a quebra do sigilo bancário de dados constantes do Banco Central do Brasil. O legislador conferiu esses poderes ao Poder Judiciário (art. 3º), ao Poder Legislativo Federal (art. 4º), bem como às Comissões Parlamentares de Inquérito, após prévia aprovação do pedido pelo Plenário da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do plenário de suas respectivas comissões parlamentares de inquérito (§§ 1º e 2º do art. 4º). 2. Embora as atividades do TCU, por sua natureza, verificação de contas e até mesmo o julgamento das contas das pessoas enumeradas no artigo 71, II, da Constituição Federal, justifiquem a eventual quebra de sigilo, não houve essa determinação na lei específica que tratou do tema, não cabendo a interpretação extensiva, mormente porque há princípio constitucional que protege a intimidade e a vida privada, art. 5º, X, da Constituição Federal, no qual está inserida a garantia ao sigilo bancário. 3. Ordem concedida para afastar as determinações do acórdão nº 72/96 - TCU - 2ª Câmara (fl. 31), bem como as penalidades impostas ao impetrante no Acórdão nº 54/97 - TCU - Plenário. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 22801/DF Relator(a): Min. MENEZES DIREITO Julgamento: 17/12/2007, Tribunal Pleno, DJe 14/03/2008.

Ilustra essa exegese o voto do Ministro Herman Benjamin no Recurso Especial nº 1.177.290 - MT¹⁰⁰, do qual se extrai o seguinte excerto:

É errôneo o entendimento de que a decretação de indisponibilidade dos bens está condicionada à comprovação de que os réus estejam dilapidando-os, ou com intenção de fazê-lo.

Ora, a indisponibilidade dos bens visa, justamente, a evitar que ocorra a dilapidação patrimonial. Não é razoável aguardar atos concretos direcionados à sua diminuição ou dissipação. Exigir a comprovação de que tal fato esteja ocorrendo ou prestes a ocorrer tornaria difícil a efetivação da Medida Cautelar em foco, e muitas vezes inócua.

Conforme já decidiu esta Corte, a indisponibilidade dos bens é cabível quando estiverem presentes fortes indícios de responsabilidade na prática de ato de improbidade que cause dano ao Erário, estando o *periculum in mora* implícito no próprio comando do art. 7º da Lei 8.429/1992 – que, friso, atende à determinação contida no art. 37, § 4º, da Constituição, segundo a qual "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.

A adoção dessa tese mostra-se mais consentânea com a tutela da probidade e do patrimônio público que fundamentam a concessão da medida de segurança patrimonial pelo TCU. Com efeito, a decretação da indisponibilidade de bens pelo Tribunal de Contas impõe-se em todas as situações em que ficar configurada atuação ímproba do agente para causar grave prejuízo ao Erário, em especial naquelas em que se configurarem evidências de fraude, desvio ou desfalque.

Nessas hipóteses, não há que se cogitar da presença ou não de evidências de risco de frustração da futura execução para deferir a cautelar, uma vez que esse risco é inerente à própria situação objetiva que configura a lesão ao erário.

Conforme já explicitado, a cautelar de indisponibilidade de bens nos processos do TCU encontra o mesmo fundamento constitucional e as mesmas finalidades da medida análoga prevista na Lei de Improbidade. Observa-se que o conteúdo das medidas em ambas as esferas de responsabilidade é o mesmo: a constrição patrimonial de bens do responsável em quantidade suficiente a garantia do ressarcimento dos prejuízos supostamente causados ao patrimônio público. A partir do recebimento da decisão respectiva pelos órgãos de registro

¹⁰⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1177290/MT Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe 01/07/2010. No mesmo sentido: REsp 96784/PA, Relator Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe 08/10/2010 e REsp nº 1.135.548/ PR, Relatora Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 22/06/2010.

patrimonial, os bens móveis e imóveis do responsável alcançados pela medida tornam-se insuscetíveis de alienação ou transação e os valores depositados em instituições financeiras não podem ser transferidos ou movimentados.

Considerando que o TCU não dispõe de competência para quebra de sigilos bancário e fiscal, a efetivação da medida depende de prévio levantamento dos bens do responsável pelas unidades técnicas da secretaria do Tribunal, as quais devem ser estruturadas para executar com eficiência tal tarefa.

Na hipótese de responsabilidade solidária de pessoa jurídica de direito privado pelo prejuízo ao Erário, a indisponibilidade deve incidir sobre os bens integrantes do ativo permanente da pessoa jurídica. Nesse sentido são uniformes os entendimentos no âmbito do Poder Judiciário e do TCU¹⁰¹.

Ao dispor sobre a indisponibilidade cautelar de bens, a Lei nº 8.443/1992 estipulou prazo máximo de um ano para a duração da medida constritiva de bens. Observa-se, sob esse aspecto, outra diferença marcante em relação ao regramento da medida análoga na Lei de Improbidade Administrativa, na qual não foi estipulado prazo de duração.

A fixação do prazo de duração da medida de segurança patrimonial harmoniza-se com os princípios constitucionais da segurança jurídica e do estado de inocência, uma vez que impedem que a medida cautelar estenda-se por longo tempo, trazendo graves prejuízos ao exercício das faculdades inerentes ao domínio pelo responsável.

Por outro lado, a limitação temporal em apenas um ano pode significar a ineficácia da medida, tendo em vista que o tempo necessário ao julgamento do mérito do processo e de eventuais recursos é quase sempre muito superior ao prazo estipulado pela lei. Assim, é

¹⁰¹ TOMADA DE CONTAS ESPECIAL ORIUNDA DA CONVERSÃO DE RELATÓRIO DE AUDITORIA DE CONFORMIDADE REALIZADA NA FUNDAÇÃO ASSIS GURGACZ, LOCALIZADA NO MUNICÍPIO DE CASCAVEL/PR, EM VIRTUDE DE PROPOSTA DE FISCALIZAÇÃO NO PROGRAMA INCLUSÃO DIGITAL. FISCALIS Nº 832/2006. IRREGULARIDADES EM PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS COM DANO AO ERÁRIO. CONTAS IRREGULARES. APLICAÇÃO DE MULTA. DECRETAÇÃO DA INDISPONIBILIDADE DE BENS. DETERMINAÇÕES.

[...] 9.8. decretar, cautelarmente, pelo prazo de 1 (um) ano, nos termos do art. 44, § 2º, da Lei nº 8.443/92, a indisponibilidade de bens constantes do ativo permanente da Fundação Assis Gurgacz - FAG (CNPJ 02.203.539/0001-73), do Sr. Assis Gurgacz (CPF 005.858.319-04), da Sra. Jaqueline Aparecida Gurgacz Ferreira (CPF 603.093.859-20), do Sr. Assis Marcos Gurgacz (CPF 787.523.379-87), da empresa Coperserv - Cooperativa de Trabalhos Múltiplos em Saneamento Básico e Meio Ambiente (CNPJ 01.916.591/0001-04), do Sr. Jorcy Francisco de França Aguiar (CPF 063.647.721/53), da empresa Comercial Destro Ltda. (CNPJ 76.062.488/0001-43), da empresa Via Pax Informática Ltda. (CNPJ 03.599.738/0001-05), tantos quantos bastarem para garantir o ressarcimento do débito de R\$ 1.631.585,00 (um milhão, seiscentos e trinta e um mil, quinhentos e oitenta e cinco reais), no limite da responsabilidade de cada devedor solidário; [...] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2456/2009 – Plenário, Sessão de 21/10/2009, Ata nº 44/2009, DOU 23/10/2009.

provável que o risco de frustração do ressarcimento subsista após o fim do prazo legal. Os arts. 61 da Lei n. 8.443/1992 e 275 do RI/TCU facultam ao TCU solicitar, por intermédio do Ministério Público junto ao Tribunal, à Advocacia-Geral da União as medidas necessárias ao arresto dos bens dos responsáveis.

Outra medida apta a mitigar a limitação temporal da eficácia da cautelar de indisponibilidade no processo na Corte Federal de Contas seria a providência de encaminhar, no momento da decretação da medida, cópia do feito ao Ministério Público Federal com vistas ao possível ajuizamento de ação cautelar preparatória ou da própria ação de improbidade. Essa medida permitiria ao *parquet* federal pleitear a concessão da medida equivalente de forma antecedente ou incidental, dessa forma assegurando o direito ao ressarcimento do dano causado ao patrimônio público.

Quanto ao termo inicial para o cômputo do prazo de duração da medida, o Plenário do TCU fixou entendimento de que deve ser contado o prazo de duração da indisponibilidade a partir da implementação da medida¹⁰², aplicando subsidiariamente as disposições do Código de processo Civil e seguindo a linha jurisprudencial firmada pelo Superior Tribunal de Justiça sobre o mesmo tema em se tratando de arresto¹⁰³.

A contagem do prazo de duração da medida a partir da publicação da decisão afigura-se desarrazoado e ilógico, uma vez a mera publicidade da prolação da cautelar não produz efeitos patrimoniais imediatos, fazendo-se necessário efetuar levantamento dos bens que serão tornados indisponíveis e dar ciência aos órgãos de registro. Assim, a indisponibilidade somente incide a partir da implementação dessas providências, razão pela qual o prazo de um ano de duração da cautelar deve ser contado a partir desse momento.

¹⁰² Questão de ordem ao Plenário formulada pelo Procurador-Geral, Dr. Lucas Rocha Furtado, início do prazo da decretação de indisponibilidade de bens de responsável. Ata 03/2002-Plenário Sessão Plenária de 6/2/2002. O Tribunal Pleno, após debate sobre matéria, decidiu, em caráter normativo, e com fundamento nas razões constantes da Questão de Ordem formulada pelo Procurador-Geral, firmar o entendimento de que o prazo da decretação de indisponibilidade de bens de responsável inicia-se a partir da efetivação da medida.

¹⁰³ Ementa: Processo Civil. Cautelar. Efetivação da liminar como termo inicial. Inteligência do art. 806, CPC. Deferida liminarmente a cautelar, nos termos do art. 806 do Código de Processo Civil o ajuizamento da ação principal tem como termo inicial do trintídio legal a data da efetivação da liminar, não merecendo abrigo a interpretação que o fixa a partir do trânsito em julgado ou da sentença. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1446/RJ. Relator(a) Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Quarta Turma. DJ 05/02/1990 p. 457.

6 CONCLUSÕES

Os sucessivos episódios de improbidade na Administração Pública e a crônica insuficiência dos controles estatais estão na raiz da percepção generalizada de corrupção na sociedade brasileira. A concretização do direito à probidade na Administração Pública, direito difuso indissociável de uma ordem republicana e democrática, é ainda um ideal distante e reclama, na seara jurídica, mudança de paradigmas dos intérpretes e aplicadores das normas de direito processual.

A reversão desse panorama demanda, tanto na esfera do controle externo judicial quanto no âmbito do controle administrativo, a utilização de técnicas de tutela aptas a conferir eficácia aos meios de repressão aos atos de improbidade, em especial no que respeita à célere instrução probatória e a garantia do ressarcimento dos danos causados ao patrimônio público.

No plano do controle jurisdicional, o presente estudo apresentou a ação de improbidade administrativa como o principal instrumento no controle repressivo dos atos de improbidade tipificados na Lei nº 8.443/1992, cujo amplo escopo abrange atos que importam em prejuízo ao erário, enriquecimento ilícito e transgressão dos vetores constitucionais regentes da Administração Pública.

Na esfera do controle externo administrativo, a tutela da probidade ganha destaque na missão atribuída aos Tribunais de Contas de zelar pela boa e regular gestão dos recursos públicos. Sob esse enfoque, destacou-se a natureza quase-jurisdicional função de julgamento do Tribunal de Contas e o caráter processual dos feitos por meio dos quais é exercida essa função. Justifica-se essa linha hermenêutica, postulada por parcela da doutrina e pelo Supremo Tribunal Federal em diversos precedentes, pela natureza dos direitos tutelados pelo processo nas cortes de contas e pela necessária incidência de todo o arcabouço normativo relativo à realização dos direitos fundamentais e ao devido processo legal nos feitos de competência das cortes de contas.

Demonstrou-se que os processos de contas anuais e de fiscalização são instrumentos do exercício do controle externo que desempenham, dentre outras funções, importantíssimo papel preventivo e repressivo na tutela da probidade administrativa. Por meio do estudo comparativo entre o ato de improbidade delineado na LIA e a irregularidade objeto de regramento pela Lei nº 8.443/1992 evidenciou-se que, não obstante tratar-se de instâncias autônomas e estruturadas a partir de hipóteses legais próprias, há amplo campo de intersecção entre as duas modalidades de controle no que tange ao objetivo comum de reprimir condutas

que atentem contra o direito à probidade na gestão pública. Essa conclusão fundamenta-se na notável similaridade entre as condutas tipificadas como ato de improbidade na Lei nº 8.429/1992 e aquelas tratadas como irregularidade na Lei nº 8.443/1992

O breve estudo empreendido sobre as medidas cautelares nominadas previstas na LIA descortina que a doutrina e a jurisprudência desenvolvidas sobre o afastamento de agente público, sequestro e a indisponibilidade de bens vem evoluindo no sentido de abandonar o formalismo e garantir a tutela adequada do direito material, sem, contudo, descurar dos direitos e garantias de ordem processual asseguradas pela Constituição da República.

No que tange ao exercício da tutela cautelar nos processos de contas, não obstante a lacuna legislativa quanto à utilização do poder-dever de cautela pelo TCU, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já se consolidou pela sua constitucionalidade. Desde então, as cautelares inominadas vêm sendo utilizadas largamente pela Corte Federal de Contas lançando-se mão da teoria do processo cautelar. No que concerne à utilização de medidas assecuratórias nominadas, todavia, evidenciou-se que ainda necessita de maior desenvolvimento de seus pressupostos e limites peculiares. Essa lacuna no desenvolvimento teórico é uma das prováveis causas da utilização esporádica e excessivamente parcimoniosa das medidas cautelares típicas de afastamento temporário de agente público e de indisponibilidade de bens pela Corte Federal de Contas. Outra possível causa da escassa aplicação das providências assecuratórias é a disciplina confusa e de má técnica do tema na LOTCU, razão pela qual se sugere alteração legislativa para disposição em artigos específicos com o devido detalhamento as cautelares nominadas de afastamento temporário e de indisponibilidade de bens.

Ao examinar os contornos da cautelar de afastamento temporário de agente público no âmbito do TCU, constatou-se que esta apresenta contornos mais amplos que medida equivalente na ação de improbidade administrativa. Enquanto a Lei de Improbidade delimitou o uso da cautelar apenas para fins de garantia da instrução probatória, a Lei nº 8.443/1992 foi além e autorizou a sua decretação também em situações em que a presença do agente no cargo representa risco de configuração ou continuidade na causação de prejuízo ao erário ou de inviabilização de seu ressarcimento. Não obstante, a Corte Federal de Contas ainda não fez uso da medida em situações dessa natureza, limitando o uso da cautelar de afastamento a um número insignificante de oportunidades, sob o argumento de que se trata de medida excessivamente gravosa. Argumenta-se neste estudo que a ponderação de valores na concessão da medida não pode prestigiar excessivamente o direito subjetivo do agente

acusado de improbidade em prejuízo do interesse de toda a sociedade na apuração cabal dos supostos ilícitos e na prevenção de novos prejuízos aos cofres públicos.

Quanto às medidas cautelares de segurança patrimonial, verificou-se que a indisponibilidade de bens constitui instrumento previsto na LIA voltado para a garantia do ressarcimento de possível prejuízo ao patrimônio público ou de acréscimo patrimonial ilícito por agente público. No âmbito do processo no TCU, a medida correspondente apresenta contorno mais restrito pela própria natureza da jurisdição de contas, estando limitada à garantia da futura satisfação de danos apurados em processos de contas ou de fiscalização. Constatou-se que o TCU aplica a medida de forma muito esporádica e com escasso desenvolvimento da fundamentação jurídica. Destacou-se, nesse sentido, que a Corte de Contas tem entendido indispensável a demonstração de indícios ou evidências de dilapidação patrimonial ou evasão de bens para concessão da medida cautelar. Demonstrou-se que essa linha exegética restringe excessivamente a eficácia da medida, em especial diante das limitações probatórias do processo de contas. Como solução, postula-se a adoção pela Corte Federal de Contas do entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça quanto à natureza implícita do *periculum in mora* à própria natureza do ato de improbidade que causa flagrante e vultoso prejuízo ao erário.

O estudo desenvolvido permite concluir que é juridicamente viável a adoção dos paradigmas da tutela cautelar desenvolvidos no âmbito da ação de improbidade ao processo no TCU dada a identidade do direito material tutelado, o campo de intersecção entre a tutela jurisdicional e administrativa desse direito difuso e a similaridade entre as medidas cautelares nominadas previstas na Lei nº 8.429/1992 e nº 8.443/1992.

Postula-se que a utilização dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca das medidas cautelares de afastamento e de indisponibilidade cabíveis em ação de improbidade confere maior eficácia e efetividade à tutela do direito difuso à probidade exercido pelo Tribunal de Contas da União mediante os processos de contas e de fiscalização de atos e contratos.

Ressalta-se, finalmente, que a adoção por auditores, membros do Ministério Público e ministros do TCU dos paradigmas interpretativos dos tribunais superiores sobre a matéria permitirá a ampliação, com a necessária segurança, do uso dessa técnica de tutela de direitos, conferindo eficácia e efetividade ao direito difuso à probidade, sem prejuízo às garantias constitucionais dos agentes públicos e particulares alcançados por esses provimentos.

7 REFERÊNCIAS

AGUIAR, Afonso Gomes; AGUIAR, Márcio Paiva. *O Tribunal de Contas na Ordem Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Fórum, 2008.

ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. *Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União Anotada: normativos correlatos*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

ALVES, Rogério Pacheco e GARCIA, Emerson. *Improbidade Administrativa*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O Novo Processo Civil Brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 45. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Lei nº 5.869/73. *Institui o Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 05 dez. 2010.

BRASIL. Lei nº 7.347/85. *Disciplina a Ação Civil Pública por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (vetado) e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347.htm>. Acesso em: 05 dez. 2010.

BRASIL. Lei nº 8.429/92. *Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm>. Acesso em: 05 dez. 2010.

BRASIL. Lei nº 8.429/92. *Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L8429.htm>>. Acesso em: 05 dez. 2010.

BRASIL. Lei nº 8.443/92. *Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8443.htm>. Acesso em: 05 dez. 2010.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAPEZ, Fernando. *Limites Constitucionais à Lei de Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAVALVANTE, Shirley Gildene Brito. *O processo no âmbito do Tribunal de Contas da União*. Ceará, 2005 Monografia (especialização) -- Universidade Estadual do Ceará

CARREIRA ALVIM, J. E. *Teoria Geral do Processo*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007

CASTAGNA, Ricardo Alessandro. *Tutela de Urgência: análise teórica e dogmática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. *A indisponibilidade cautelar de bens na ação de improbidade*. In: *Tendências do Moderno Processo Civil Brasileiro: aspectos individuais e coletivos das tutelas preventivas e ressarcitórias: estudos em homenagem ao jurista Ronaldo Cunha Campos*. Belo Horizonte: Forum, 2005. p. 257-278.

COSTA, Susana Henriques da. *A tutela do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa por meio da Ação Civil Pública e da Ação de Improbidade Administrativa*. In: *Processo Civil Coletivo*. MAZZEI, Rodrigo Reis e NOLASCO, Rita Dias (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 565-588.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Dialética, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 9ª Ed. São Paulo: Atlas, 1998.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 9ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade Administrativa. Comentários à Lei nº 8.429/92 e Legislação Complementar*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

FREITAS CÂMARA, Alexandre. *Lições de Direito Processual Civil*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FREITAS MELLO, Shirlei Silmara de. *Tutela Cautelar no Processo Administrativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FRIEDE, Reis Roy; ALBANI, Thiago e KLIPPEL, Rodrigo. *Tutela de Urgência no Processo Civil Brasileiro*. 1ª ed. São Paulo: IMPETUS, 2009.

FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil: processo de conhecimento, processo de execução, processo cautelar*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Direito Processual Coletivo e Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 5ª Edição. São Paulo: SRS Editora, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LIMA, Luiz Henrique. *Controle Externo: Teoria, Legislação, Jurisprudência e Questões de Concursos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Antecipação da Tutela*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*, vol. IV, 20ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997.

MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do Patrimônio Público. Comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O Limite da improbidade administrativa: o direito dos administrados dentro da Lei nº 8.429/92*. 2ª ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

MAZZEI, Rodrigo Reis. *Ação popular e o microsistema da tutela coletiva*. In: DIDIER JR., Fredie; MOUTA, José Henrique (Coord.). *Tutela jurisdicional coletiva*. Salvador: Jus Podivm, 2009. p. 373-391.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. *Direito Administrativo Moderno*. 9ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade Administrativa*. Porto Alegre: Síntese, 1997.

PORTO, Sérgio e USTARROZ, Daniel. *Lições de Direitos Fundamentais no Processo Civil Conteúdo Processual da Constituição Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SANTOS, Jair Lima. *Tribunal de Contas da União e Controles Estatal e Social da Administração Pública*. Curitiba: Juruá, 2003.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista. *Do Processo Cautelar*. 4ª ed. São Paulo: Forense, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo cautelar: de acordo com os reflexos do novo Código Civil na esfera das medidas cautelares e das Leis nºs 10.352 e 10.444, do Código de Processo Civil*. 21ª ed. São Paulo: Leud, 2004.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. 48ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. I.

ZYMLER, Benjamin. *Direito Administrativo e Controle*. 1ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006.