

## **Algumas notas sobre a indisponibilidade de bens e a improbidade administrativa** **Wallace Paiva Martins Junior<sup>1</sup>**

**Irretroatividade da indisponibilidade de bens?** A jurisprudência enuncia que a indisponibilidade de bens prevista no art. 7º da Lei n. 8.429/92 não atinge nem alcança bens adquiridos anteriormente à prática do ato de improbidade administrativa<sup>2</sup>. Esse entendimento não se afigura integralmente correto.

Em primeiro lugar, olvida que a medida restritiva de segurança cabe tanto nas situações de improbidade administrativa características de enriquecimento ilícito de agentes públicos no exercício de função pública quanto na de prejuízo ao patrimônio público (arts. 9º e 10, Lei n. 8.429/92) e trata ambas da mesma maneira, quando são radicalmente diferentes.

Se *ad argumentandum tantum*, em face do enriquecimento ilícito de agentes públicos no exercício de função pública, a premissa é aceitável, em tese e em princípio, não o é, efetivamente, diante do prejuízo ao erário, já que em se tratando de ato ilícito é vetusto princípio geral de direito, traduzido em regra, que o patrimônio (antigo ou futuro) do devedor responde por suas dívidas (art. 942, Código Civil de 2002; art. 1518, Código Civil de 1916). E como se sabe, entre as sanções dessa modalidade ou espécie de improbidade administrativa, encontra-se o ressarcimento integral do dano (art. 12, II, Lei n. 8.429/92). A indisponibilidade de bens serve como medida assecuratória (art. 18, Lei n. 8.429/92) de garantia do resultado útil do processo, tanto para ela quanto para uma outra sanção, entre outras, típica para o enriquecimento ilícito de agentes públicos: a perda dos valores ilicitamente acrescidos ao patrimônio do agente público (art. 12, I, Lei n. 8.429/92).

Em princípio, seria lógica a limitação do raio de incidência da indisponibilidade de bens, uma vez que o gravame deveria atingir justamente os valores ilicitamente acrescidos ao patrimônio do agente público (alvo de futura perda, nos termos do art. 12, I, Lei n. 8.429/92).

Mas, e em segundo lugar, mesmo perante os casos de enriquecimento ilícito no exercício de função pública imputado a agente público, a premissa jurisprudencial não pode ser acolhida sem ressalvas. Com efeito, há variáveis que impõem a incidência da indisponibilidade de bens adquiridos antes do ato ímprobo.

Nos casos do art. 9º da Lei n. 8.429/92 é possível a indisponibilidade alcançar bens adquiridos anteriormente ao ato ímprobo, de modo a garantir a eficácia da sentença condenatória nas hipóteses em que o agente público adquiriu bens fungíveis, perecíveis ou consumíveis ou obteve vantagem patrimonial indireta (por meio de terceira

---

<sup>1</sup>. 4º Promotor de Justiça da Cidadania da Capital do Ministério Público do Estado de São Paulo, Mestre e Doutor em Direito do Estado (Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo), Professor de Direito Administrativo (Escola Superior do Ministério Público de São Paulo e Faculdade de Direito da Universidade Santa Cecília) e autor dos livros *Probidade Administrativa* (Editora Saraiva) e *Controle da Administração Pública pelo Ministério Público* (Editora Juarez de Oliveira).

<sup>2</sup>. Superior Tribunal de Justiça (RMS 6.182 e 6.197, v.g.).

pessoa) ou sob forma de prestação negativa (uso de bens ou serviços de maneira gratuita ou assumidos por outrem, gerando poupança ao agente) ou, ainda, transferiu, com intuito simulatório ou fraudulento, bens adquiridos ilicitamente, a terceiro, para, proposital e formalmente, reduzir-se à insolvência ou, por fim, praticou *blanchiment d'argent sale* (lavagem de dinheiro). Nesses casos, continua prevalecendo a regra do art. 942 do Código Civil, até porque se cuida de ato ilícito.

É de bem grado observar, mui a propósito, que a mais eloqüente sanção contra o enriquecimento ilícito é justamente a perda dos bens ou valores ilicitamente acrescidos ao patrimônio do agente público e que a indisponibilidade de bens é, como acenado, medida de segurança do resultado útil do processo (arts. 7º, 9º, 12, I e 18, Lei n. 8.429/92), evitando a redução à insolvência e, em última análise, a impunidade. A perda de bens opera um provimento jurisdicional condenatório.

Não é difícil raciocinar com base em sugestivos exemplos. Um agente público percebe a título de propina um automóvel. Entre as sanções cominadas para o caso concreto, está a perda desse bem. Trata-se de obrigação de dar coisa certa. Se esse agente público tiver alienado, porventura, esse bem a *tertius* de boa fé, este logicamente não poderá sofrer os efeitos da condenação. Se for terceiro de má fé, dúvida não há, porque se insere na categoria de partícipe do ato de improbidade administrativa, na conformidade do art. 3º da Lei n. 8.429/92. Mas, na primeira hipótese, como a coisa já não pertence mais ao ímprobo, ele deve ter extraído de seu patrimônio bens de igual valor. Noutro exemplo, o agente público ímprobo percebe soma de dinheiro e a consome em seu proveito, adquirindo bens consumíveis. A mesma solução se impõe. Ora, nestas hipóteses é o seu patrimônio anterior ou posteriormente constituído ao ato de improbidade administrativa que responde pelas conseqüências do ato ilícito<sup>3</sup>, sujeitando-se a perda do equivalente ao que cresceu e, por isso, não há restrição à indisponibilidade de bens.

Com efeito, a obrigação de pagar dívida em dinheiro é obrigação de dar, denominada obrigação pecuniária, cujo objeto é certa quantia em dinheiro<sup>4</sup>. Dinheiro é bem

---

<sup>3</sup>. Lembre-se que o Código Civil de 2002 prescreve que no caso de enriquecimento sem causa ou ilícito, há a obrigação de restituição do que foi indevidamente auferido, atualizado monetariamente (arts. 884 e 885), e que “se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido” (art. 884, parágrafo único).

<sup>4</sup>. Aqui se caracteriza dívida de dinheiro, diferente da dívida de valor, em que o débito não é de certo número de unidades monetárias, mas de pagamento de uma soma correspondente a certo valor – onde a moeda não é o conteúdo da dívida, mas simples medida de valor, razão pela qual, para o adimplemento, seria necessário o montante exato e necessário para a satisfação do credor, independentemente de uma cifra determinada de início (obrigações alimentares, indenizações decorrentes de atos ilícitos ou de responsabilidade extracontratual). Não obstante, com a generalização da correção monetária a distinção perdeu efeito e pouco a pouco a obrigação que era exclusivamente pecuniária achou denominador comum na dívida de valor (Sílvio de Salvo Venosa. *Direito Civil – Obrigações – Teoria Geral*, São Paulo: Atlas, 1994, pp. 72-73). Fugindo ao nominalismo originário do Código Civil de 1916 (arts. 947 e 1256), passando pela vedação da cláusula-ouro e da estipulação de pagamento em moeda estrangeira, chegou-se à escala móvel, para correção das disfunções nas dívidas de valor, mas, mesmo nas dívidas de dinheiro se “a admissão de escala móvel era ordinariamente vista com reserva”, porém, “a inflação difundiu-a de tal modo, que hoje pode ser considerada cláusula de estilo”. A sua adoção objetivando preservar a obrigação dos efeitos inflacionários foi substituída pela correção monetária, cujo escopo é idêntico. Embora houvesse dissenso a respeito da admissibilidade da correção

fungível e consumível<sup>5</sup> e na hipótese de enriquecimento ilícito de agente público no exercício de função pública em que este tiver amealhado indevidamente dinheiro, se a soma tiver sido gasta ou consumida, a perda de bens incide sobre o equivalente constante do patrimônio do agente público (arts. 844, parágrafo único, e 942, Código Civil de 2002). Há uma conversão em perdas e danos. Como são aplicáveis, a partir da escolha na obrigação de dar coisa incerta<sup>6</sup>, os princípios que regem a obrigação de dar coisa certa, é curial lembrar que nela “verdadeiro divisor de águas quanto à responsabilidade na perda ou deterioração é a existência ou não de culpa por parte do devedor. Sempre que houver culpa, isto é fundamental, haverá direito a indenização por perdas e danos”<sup>7</sup>. A mesma consequência é incidente nas obrigações de restituir, englobada na obrigação de dar coisa certa<sup>8</sup>, disciplinando-se, no mais, melhoramentos ou acréscimos<sup>9</sup> e os frutos<sup>10</sup>, embora relevante a distinção (entre obrigação de dar propriamente dita e obrigação de restituir) para a

---

monetária restrita às expressas previsões legais, registrou-se tendência para sua admissão quase absoluta, máxime nas obrigações decorrentes de responsabilidade civil aquiliana, onde na maioria dos casos a dívida é de valor e não de dinheiro. Todavia, a Lei n. 6.899/81 superou a questão ao determinar a correção monetária dos débitos oriundos de decisão judicial (Silvio Rodrigues. *Direito Civil – Parte Geral das Obrigações*, São Paulo: Saraiva, 1987, vol. II, pp. 140-154, n. 64-67).

<sup>5</sup>. “As coisas fungíveis são encaradas através de seu gênero e especificadas por meio da quantidade e qualidade. Como são homogêneas e equivalentes, a substituição de umas por outras é irrelevante. Assim, por exemplo, o dinheiro. Ao credor é indiferente receber o pagamento em uma ou em outra espécie de moeda, pois elas se equivalem” (Silvio Rodrigues. *Direito Civil – Parte Geral*, São Paulo: Saraiva, 1987, vol. I, p. 129, n. 50). Segundo o novo Código Civil, bens fungíveis são os móveis que podem substituir-se por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade e são consumíveis os bens móveis cujo uso importa destruição imediata da própria substância, sendo também considerados tais os destinados à alienação (arts. 85 e 86, Código Civil, Lei n. 10.406/02), mantendo-se os arts. 50 e 51 do Código Civil.

<sup>6</sup>. Conforme os arts. 865, 2ª parte, 867 e 876 do Código Civil (arts. 234, 236, 238 e 245, do novo Código Civil), separando, é claro, o momento (antes ou depois da entrega da coisa).

<sup>7</sup>. Sílvio de Salvo Venosa. *Direito Civil – Obrigações – Teoria Geral*, São Paulo: Atlas, 1994, p. 66.

<sup>8</sup>. A obrigação de restituir consiste na devolução de coisa certa pelo devedor, que a detém por força de um determinado título jurídico. Na obrigação de dar coisa certa, a coisa pertence ao devedor até a tradição (bens móveis) e na de restituir, a coisa já pertencia ao credor que a recebe, de volta, do devedor. Nelas, a perda total ou parcial (deterioração), antes da tradição, sem culpa do devedor, é ônus do credor, salvo direitos até o dia da perda (art. 869, Código Civil; novo Código Civil, art. 238); se houver culpa, aplica-se o art. 865, 2ª parte, e o art. 867 do Código Civil (arts. 234, 2ª parte, e 236, novo Código Civil), conforme os arts. 870 e 871, 2ª parte, Código Civil (arts. 239 e 240, novo Código Civil).

<sup>9</sup>. Havendo melhoramentos ou acréscimos na coisa, a situação depende da existência de ônus: havendo, por parte do devedor, aplica-se o regime das benfeitorias (art. 873, Código Civil; art. 242, novo Código Civil); não havendo, nada deve o credor ao devedor (art. 872, Código Civil; art. 241, novo Código Civil). Deste modo, tendo boa fé o devedor tem direito aos aumentos ou melhoramentos necessários e úteis e pode levantar os voluptuários se não for ressarcido (arts. 869 e 872 c.c. os arts. 516 a 519, Código Civil; arts. 238, 1210 a 1222, novo Código Civil). Na obrigação de dar coisa certa, até a efetiva entrega da coisa, acréscimos e melhorias pertencem ao devedor, possibilitando aumento do preço ou resolução da obrigação se o credor não anuir, salvo má fé do devedor (art. 868, Código Civil; art. 237, novo Código Civil). O novo Código Civil manteve a distinção entre benfeitorias úteis, necessárias e voluptuárias (art. 96), desconsiderando como tais is melhoramentos ou acréscimos sobrevindos ao bem sem a intervenção do proprietário, possuidor ou detentor (art. 97).

<sup>10</sup>. Quanto aos frutos, o devedor tem direito a percebê-los enquanto durar a boa fé; se estiver de má fé, responde pelos frutos colhidos e percebidos e os que, por culpa sua, deixou de perceber desde o momento constitutivo da má fé, salvo despesas de produção e custeio, aos quais tem direito (arts. 510, 511 e 513, Código Civil; arts. 238, 1210 a 1222, novo Código Civil). Na obrigação de dar coisa certa, os frutos percebidos são do devedor e os pendentes do credor (art. 868, parágrafo único, Código Civil; art. 237, parágrafo único, novo Código Civil).

legislação oferecer “diferentes soluções, no que concerne ao problema dos riscos incidentes sobre a coisa, numa e na outra hipótese”<sup>11</sup>.

Tratando-se de bem fungível, a espécie rege-se pela obrigação de dar coisa incerta. Como se sabe, esta tem por objeto a entrega de certa quantidade de certo gênero e não uma coisa especificada. A incerteza daí decorrente não significa indeterminação, mas uma determinação genericamente feita. De fato, “são obrigações de dar coisa incerta: entrega de uma tonelada de trigo, um milhão de cruzeiros ou cem grosas de lápis. A coisa é indicada tão somente pelos caracteres gerais, pelo seu gênero. O que a lei pretende dizer ao se referir à coisa incerta é fazer referência a coisa determinada, mas suscetível de oportuna determinação”, sendo que no momento precedente à entrega da coisa há a escolha e, a partir daí, a obrigação de dar coisa incerta é regida pelos princípios da obrigação de dar coisa certa<sup>12</sup>.

Por isso, como o gênero nunca perece, na obrigação de dar coisa incerta o devedor não pode alegar perda ou deterioração da coisa, ainda que por caso fortuito ou força maior (art. 877, Código Civil; art. 246, novo Código Civil), diferentemente da obrigação de dar coisa certa, em que tais circunstâncias aliadas à falta de culpa do devedor, implicam a resolução da obrigação. “Note-se que a obrigação de pagar, obrigação pecuniária, é regida pelos princípios da obrigação de dar coisa incerta” e, ademais, “são o objeto das obrigações ditas genéricas, as coisas fungíveis, que se podem determinar pelo peso, número e medida. Por outro lado, as obrigações específicas, ou de dar coisa certa, têm por objeto, quase sempre, coisas não fungíveis, que são individualizadas no comércio jurídico, como coisas determinadas e como objetos insubstituíveis”<sup>13</sup>. *Genus non perit e*, assim, “enquanto a obrigação é de dar coisa incerta, não se pode cogitar dos riscos derivados de seu perecimento ou deterioração”<sup>14</sup>.

De qualquer modo, tratando-se o enriquecimento ilícito – e o prejuízo ao erário – de ato ilícito, é importante ressaltar que a perda dos bens ilicitamente acrescidos tomando coisa certa ou incerta deve implicar o que for mais favorável (art. 948, Código Civil) e, por isso, é mister a atualização monetária desse valor.

**O contraditório prévio impede a concessão liminar da indisponibilidade de bens?** Um outro a merecer reflexão é referente ao impacto da indisponibilidade de bens após o advento da Medida Provisória 2.088/01 que alterou o art. 17 da Lei n. 8.429/92, introduzindo algumas modificações processuais na ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Reeditada pela Medida Provisória 2.171/01 e pela Medida

---

<sup>11</sup>. Silvio Rodrigues. *Direito Civil – Parte Geral das Obrigações*, São Paulo: Saraiva, 1987, vol. II, p. 19, n. 06.

<sup>12</sup>. Sílvio de Salvo Venosa. *Direito Civil – Obrigações – Teoria Geral*, São Paulo: Atlas, 1994, pp. 74-76. A distinção, pois, entre obrigação de dar coisa certa e incerta é de duração limitada. No momento da escolha, “obrigação de dar coisa incerta se transforma em obrigação de dar coisa certa, passando, por conseguinte, a obedecer as regras concernentes a esta espécie” (Silvio Rodrigues. *Direito Civil – Parte Geral das Obrigações*, São Paulo: Saraiva, 1987, vol. II, p. 21, n. 06).

<sup>13</sup>. Sílvio de Salvo Venosa. *Direito Civil – Obrigações – Teoria Geral*, São Paulo: Atlas, 1994, p. 75.

<sup>14</sup>. Silvio Rodrigues. *Direito Civil – Parte Geral das Obrigações*, São Paulo: Saraiva, 1987, vol. II, p. 30, n. 12.

Provisória 2.225-45/01 um pouco antes da promulgação da Emenda Constitucional 32/01, no que interessa, determinou a instauração de um contraditório prévio (ou preliminar) ao recebimento da ação, possibilitando a oitiva do réu (manifestação escrita após notificação) e até mesmo a rejeição antecipada da petição inicial com ou sem julgamento de mérito (art. 17, §§ 6º a 8º, Lei n. 8.429/92).

A preocupação exposta indaga se é ou não necessária essa manifestação do réu para a concessão da indisponibilidade de bens. A resposta é negativa. Como se trata de privilégio, sua interpretação deve ser sempre restrita. Os §§ 6º a 8º acrescidos ao art. 17 da Lei n. 8.429/92 não exigem expressamente condição da concessão liminar da indisponibilidade de bens a prévia oitiva do réu. Reclamam, tão somente, essa providência para o recebimento da ação. Se a lei pretendesse condicionar a decisão de tutela de segurança seria explícita, como, por exemplo, em matéria diversa, a Lei n. 8.437/92. E ademais, a possibilidade jurídica da concessão liminar de indisponibilidade de bens, *inaudita altera parte*, radica-se no próprio poder geral de cautela do juiz, admitindo-se mesmo antes do recebimento postergado ou diferido da petição inicial diante do perigo de lesão irreparável ou de difícil reparação.

**A interrupção da prescrição e o contraditório prévio: reflexões.** Porém, um grande problema surgido das inovações introduzidas pela Medida Provisória 2.225/01 na Lei n. 8.429/92 se refere à interrupção da prescrição. A citação válida interrompe a prescrição, retroagindo a data do ajuizamento da lide (art. 219, Código de Processo Civil). Entretanto, a citação ocorrerá em momento bem posterior ao ajuizamento da ação, superveniente a fase do contraditório preliminar inaugurada com a notificação do réu para, em quinze dias, apresentar defesa escrita.

Ocorre que, para a retroação da interrupção da prescrição à data da propositura da ação, necessário será que o autor a promova nos dez dias subsequentes ao despacho ordinatório. O art. 219, § 2º, 2ª parte, do Código de Processo Civil, exclui da ininterrupção da prescrição a demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário e que o juiz pode prorrogar o prazo no máximo até noventa dias, mas, se ultrapassado, não se terá por interrompida a prescrição (art. 219, § 4º, Código de Processo Civil).

Ora, obedecendo-se aos §§ 6º a 8º do art. 17 da Lei n. 8.429/92 a culpa por não ter ocorrido a citação dentro dos prazos legais hábeis para interrupção da prescrição não pertence ao autor. Resulta ela de lei e esta não pode prejudicá-lo, ainda mais considerando que o privilégio outorgado não serve e nem pode servir como escudo para a impunidade em benefício do réu, tendo em conta que os prazos de prescrição das sanções da improbidade administrativa (salvo o ressarcimento do dano, imprescritível por força do art. 37, § 5º, da Constituição de 1988) são relativamente curtos (art. 23, Lei n. 8.429/92). Por essa razão, é consentâneo admitir que a notificação do réu deve ser considerada como um protesto interruptivo da prescrição ou portadora da natureza de qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor (art. 202, I, II e V, Código Civil de 2002).