

**A CONCESSÃO DE TUTELA INIBITÓRIA NA IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA - A PROIBIÇÃO DE CONTRATAR COM O PODER
PÚBLICO
GRANTING OF A PROHIBITIVE INJUNCTION FOR ADMINISTRATIVE
MISCONDUCT - PROHIBITION ON CONTRACTING WITH THE
GOVERNMENT.**

Ana Paula Pina Gaio.

Especialização em direito público com ênfase em direito administrativo pela UFPR; Especialização em direito penal pela UNICURITIBA; Mestre em direito pela PUC/PR. Promotora de Justiça no Estado do Paraná.

Email: appgaio@yahoo.com.br

Artigo recebido em 29/10/2014 e aprovado em 08/11/2014

Resumo: O artigo realiza um estudo das cautelares típicas e atípicas, bem como das antecipações de tutela nas ações de improbidade administrativa, com o objetivo de demonstrar a possibilidade, na forma do artigo 461 do Código de Processo Civil, desde que atendidos os requisitos legais exigidos, da concessão liminar de tutela inibitória consistente na proibição ao autor do ato improprio de contratar com o Poder Público, infirmando eventual interpretação que a entenda como inadmissível com o fundamento que significaria uma antecipação das sanções descritas no artigo 12 da lei n. ° 8.429/92.

Palavras-chave: Improbidade Administrativa – Medidas Cautelares - Tutela Inibitória – Antecipação de Tutela – Proibição de Contratar com o Poder Público.

Abstract: This article presents a study of typical and atypical precautionary measures and legal protection from actions of administrative misconduct, with the aim of demonstrating the potential, in accordance with article 461 of the Code of Civil Procedure, that meets the legal requirements, granting the prohibitive injunction consistent in prohibiting the perpetrator of the unlawful act from contracting with the Government, invalidating any interpretation that is understood as inadmissible on the grounds that it would mean an anticipation of the sanctions described in Article 12 of Law no. 8.429/92.

Key words: Administrative Misconduct - Precautionary Measures - Prohibitive Injunction - Legal Protection - Prohibition on Contracting with the Government.

1. Introdução

A lei n.º 8.429/92 prevê expressamente somente as medidas cautelares de afastamento do agente ímprobo da função pública, a indisponibilidade de bens e o sequestro, sendo que não disciplina a concessão da tutela antecipada, bem como a concessão das cautelares inominadas, razão pela qual, mediante aplicação subsidiária, aplicam-se o artigo 273 e o artigo 461 do Código de Processo Civil.

No presente artigo, inicialmente, analisam-se as tutelas de urgência no âmbito da improbidade administrativa, buscando-se diferenciar, sob o ponto de vista conceitual e dos efeitos concretos produzidos, as cautelares das tutelas antecipadas.

Em seguida, procede-se ao estudo da tutela inibitória, com enfoque nos requisitos para a sua concessão e na sua disciplina pelo artigo 461 do Código de Processo Civil.

Em continuação, pretende-se abordar a sanção de proibição de contratar com o Poder Público, disciplinada no artigo 12 da lei de improbidade administrativa,

demonstrando que esta não é exclusivamente uma sanção à prática de atos de improbidade, sendo possível a sua determinação como tutela inibitória.

Por fim, pretende-se demonstrar a aplicabilidade da tutela inibitória para a defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa, especificamente a concessão de tutela inibitória consistente na proibição temporária de contratar com o poder público na ação de improbidade administrativa, com o intento exclusivo de evitar a repetição da prática de ato de improbidade administrativa, considerado ilícito por ser contrário ao direito, já que a inibitória prescinde da demonstração de dano ao erário e, para a sua concessão, basta a demonstração da probabilidade de repetição do ato improbo.

2. As Tutelas de Urgência na Defesa do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa

Não se pode afirmar a efetividade da proteção judicial ao patrimônio público e à moralidade administrativa, sem que haja a possibilidade da concessão de tutelas de urgência nas ações civis por ato de improbidade administrativa, pois incontestemente que a usual demora no processo cognitivo acarreta prejuízo a ambos os direitos fundamentais.

A tutela de urgência nas ações civis de improbidade administrativa deverá ser adotada quando haja risco à efetividade do processo, que consiste nas cautelares propriamente ditas, quando haja a necessidade de antecipação da tutela jurisdicional final, no todo ou em parte, como também quando for necessária para prevenir a prática de um ato ilícito.

A lei n.º 8.429/92 prevê expressamente as seguintes medidas cautelares: a) a indisponibilidade de bens do ímprobo quando houver dano ao patrimônio público ou enriquecimento ilícito (artigo 7º); b) o sequestro de bens do agente ou terceiro que tenha

enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público, desde que haja fundados indícios (artigo 16); e c) o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual. (artigo 20, parágrafo único).

Admite-se a concessão de outras medidas cautelares nas ações civis públicas pela prática de ato de improbidade administrativa, além daquelas expressamente previstas na legislação referida, desde que demonstrados os requisitos da plausibilidade do direito invocado e a probabilidade da ocorrência de um dano potencial.

Desta feita, não há impedimentos para a concessão das medidas cautelares previstas em outros diplomas legislativos ou inominadas em sede de ação civil decorrente da prática de ato de improbidade administrativa, desde que sejam instrumentais ao processo, como por exemplo, a quebra de sigilo bancário dos ímprobos, o arresto e outras.

De qualquer forma, a cautelar é sempre instrumental do processo no qual é requerida e, assim, tem a função de garantir a sua efetividade, razão pela qual se pode afirmar que, se a medida liminar pleiteada em Juízo não for instrumental ao processo, não é uma típica cautelar, e sim consiste na antecipação da tutela jurisdicional que se pleiteia ao final da ação.

A antecipação da tutela jurisdicional é regida pelo artigo 273 do Código de Processo Civil sendo admitida quando presentes a verossimilhança da alegação e fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação e/ou que reste demonstrado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Há diversos autores que admitem a concessão da tutela antecipada na ação civil pela prática de ato de improbidade administrativa, tais como: Emerson Garcia e

Rogério Pacheco Alves¹, José Antonio Lisboa Neiva², Pedro Roberto Decomain³, Waldo Fazzio Junior⁴ e Wallace Paiva Martins⁵.

Emerson Garcia restringe o cabimento da antecipação de tutela às hipóteses em que os seus efeitos sejam desconstitutivos ou mandamentais, já que as sanções previstas no artigo 12 da lei n.º 8.429/92, cuja aplicação se pretende ao final da ação, não poderiam incidir anteriormente à sentença final.⁶

Explica-se, há a possibilidade da concessão de tutela antecipada nas ações de improbidade administrativa para desconstituir uma relação obrigacional ou outra espécie de ato jurídico que esteja direta, ou indiretamente, relacionado ao ato ímprobo praticado, especialmente aos prejuízos por ele causados. A par dessas hipóteses, também se admite a concessão da tutela antecipada para impor aos ímprobos uma obrigação de fazer ou de não fazer para cessar a prática dos atos de improbidade, bem como salvaguardar a eficácia das sanções que serão aplicadas ao final da ação.

O referido doutrinador aponta exemplos de tutelas antecipadas em atos de improbidade administrativa que possuem o caráter desconstitutivo ou mandamental:

A tais exemplos poderíamos agregar vários outros, relacionados a *pretensões constitutivas negativas*: suspensão de execução de obra ou serviço público lesivos; suspensão de “privatização” contrária ao interesse público; suspensão de ordem de pagamento quando as despesas não forem autorizadas por lei (art.10, IX, da lei n.º 8.429/92 c.c. Lei Complementar n.º 101/00) etc. No que

¹ GARCIA, Emerson. Improbidade Administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

² NEIVA, José Antonio Lisboa Neiva. Improbidade Administrativa – Legislação Comentada artigo por artigo. 4 Edição. Niterói: Rio de Janeiro, 2013.

³ DECOMAIN, Pedro Roberto. Improbidade Administrativa. 2 Edição. São Paulo: Dialética, 2014.

⁴ FAZZIO JUNIOR, Waldo. Improbidade Administrativa. São Paulo: Atlas, 2012.

⁵ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Probidade Administrativa. 4 Edição. São Paulo: 2009.

⁶ GARCIA, Emerson. Improbidade Administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 954.

respeita a pretensões *mandamentais*, poderíamos formular os seguintes exemplos: ordem de imediata aplicação dos valores correspondentes às verbas mínimas em educação, desde que orçamentariamente previstos; determinação de publicação de atos oficiais (art. 11. IV da lei n.º 8.429/92) ou de prestação de contas (art. 11, VI) etc.”⁷

Contudo, há que se ter em mente que, embora a doutrina em comento admita a tutela antecipada em sede de ação civil de improbidade administrativa tão somente quando a medida concedida possua natureza jurídica mandatória ou constitutiva negativa, destas também poderão decorrer efeitos sancionatórios indiretos, o que não significa que se pretende antecipar as sanções cominadas aos atos de improbidade administrativa.

De fato, não se deve olvidar a complexidade da delimitação da extensão sancionatória de uma série de medidas judiciais, ainda que possuam, num primeiro plano, natureza jurídica mandamental ou desconstitutiva e, assim, equivocada seria uma interpretação que excluísse a possibilidade da concessão da tutela antecipada com consequências sancionatórias ao ímprobo.

Exemplifica-se: uma ação civil por ato de improbidade administrativa ajuizada em razão de fraude em concurso público, na qual se pretende a concessão de tutela antecipada de suspensão do concurso fraudulento e, ao final, a confirmação da nulidade do concurso e a condenação dos sujeitos ativos do ato nas sanções previstas no artigo 12 da lei n.º 8.429/92. A suspensão do concurso pleiteada em sede de tutela antecipatória possui caráter mandamental, entretanto, também projeta efeitos sancionatórios, já que impede que os aprovados – tenham ou não agido com má-fé - sejam nomeados para o exercício de cargo público, como também impede que a administração

⁷ GARCIA, Emerson. *Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 954.

pública preencha o seu quadro funcional, o que pode interferir na prestação do serviço público.

Nesse mesmo diapasão, na maioria das ações de improbidade administrativa em que a causa de pedir também se apoia na nulidade do contrato ou do procedimento licitatório, em virtude da utilização de expedientes fraudulentos pelos ímprobos, as antecipações de tutela consistente em suspensões de pagamentos e de execuções contratuais acabam tendo cunho também sancionatório, já que projetam efeitos patrimoniais indiretos.

Partindo-se do raciocínio até então exposto, pode-se concluir que a medida judicial concedida em sede de tutela antecipada pode ter efeitos sancionatórios, ainda que o seu conteúdo seja primordialmente mandamental ou desconstitutivo.

A partir dessa assertiva, poder-se-ia concluir que a vedação da antecipação da tutela nas ações de improbidade administrativa restringe-se formalmente às sanções expressamente elencadas no artigo 12 da LIA, e não ao conteúdo material sancionatório da tutela então concedida.

Consoante se analisará no decorrer desse trabalho, a concessão de liminar consistente em proibição de contratar com o Poder Público nas ações de improbidade administrativa não se trata de antecipação de tutela das sanções previstas no artigo 12 da lei n.º 8.429/92.

Entretanto, entendo que não guarda correlação lógica com a legislação em apreço admitir a concessão de liminares que também possuem efeitos sancionatórios e vedar a concessão daquelas que estão descritas expressamente como sanções na lei da improbidade administrativa.

As sanções previstas no artigo 12 da LIA não são exclusivas aos atos de improbidade administrativa, sendo previstas em outras legislações, como a lei de ação

popular⁸ e a lei anticorrupção⁹, sem olvidar que as sanções previstas no dispositivo legal em comento não são cumulativas, o que significa que nem sempre todas serão aplicadas.

Waldo Fazzio Júnior advoga pela possibilidade de concessão da tutela antecipada nas ações de improbidade administrativa na parte referente à aplicação das sanções, embora reconheça que a sua incidência é raríssima, citando como exemplo o pedido de ressarcimento de danos materiais.¹⁰

Francisco Glauber Pessoa Alves entende que as sanções cominadas ao ato de improbidade administrativa poderão ser antecipadas, com exceção daquelas expressamente referidas no artigo 20 da LIA:

⁸ Lei n.º 4.717/65: Art. 11. A sentença que, julgando procedente a ação popular, decretar a invalidade do ato impugnado, condenará ao pagamento de perdas e danos os responsáveis pela sua prática e os beneficiários dele, ressalvada a ação regressiva contra os funcionários causadores de dano, quando incorrerem em culpa.

⁹ Lei n.º 12.486/2013: Art. 6º - Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções:

I - multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação;

(...)

§ 3º - A aplicação das sanções previstas neste artigo não exclui, em qualquer hipótese, a obrigação da reparação integral do dano causado.

Art. 19. Em razão da prática de atos previstos no art. 5º desta Lei, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras:

I - perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé;

II - suspensão ou interdição parcial de suas atividades;

III - dissolução compulsória da pessoa jurídica;

IV - proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.

¹⁰ FAZZIO JUNIOR, Waldo. Improbidade Administrativa. São Paulo: Atlas, 2012. p. 358

Já no âmbito da antecipação da tutela, *prima facie*, todas as sanções impostas poderiam ver-se antecipadas, total ou parcialmente (isso com muito mais razão), com a única exceção da perda do cargo ou função pública e da suspensão de direitos políticos, para quem se exige o trânsito em julgado (art. 20, caput, da LIA). A antecipação parcial mostra-se, ademais, extremamente mais eficiente, quando presentes os requisitos específicos, seja sob o ponto de vista da pronta resposta do Judiciário, atuando como fator de transformação social, seja também sob o aspecto da tempestividade da tutela jurisdicional.¹¹

3. A tutela inibitória na ação de improbidade administrativa

Anteriormente ao advento do artigo 461 e do artigo 273 do Código de Processo Civil, a ideia de processo de conhecimento clássico era dissociada da tutela preventiva de direitos, já que adstrita a sentenças de cunho declaratório, condenatório ou constitutivo, razão pela qual as cautelares eram utilizadas para a obtenção de tutelas preventivas, em regra, satisfativas e que não impunham o ajuizamento de uma ação principal.

Diante do disposto no artigo 461 do Código de Processo Civil, pode-se afirmar a existência de um processo de conhecimento com tutela antecipatória e sentença de conteúdo inibitório da prática de um ato ilícito.

A configuração do ato ilícito prescinde da ocorrência de um dano, sendo suficiente a mera prática de um ato contrário ao direito, o qual pode ou não ter como

¹¹ ALVES, Francisco Glauber Pessoa. Tutelas Sumárias e Afastamento dos Agentes Públicos na Lei n. ° 8.429/92. Improbidade Administrativa: aspectos processuais da Lei n. ° 8.429/92. (Cordenadores) Paulo Henrique dos Santos Lucon, Eduardo José da Fonseca Costa, Guilherme Recena Costa. Sao Paulo: Atlas, 2013. p. 222.

consequência um resultado danoso. A importância da dissociação do dano da configuração de um ato ilícito é sintetizada por Luiz Guilherme Marinoni no seguinte trecho:

É importante perceber que o Estado, na sociedade contemporânea, tem a obrigação de garantir determinados bens e direitos, imprescindíveis para a adequada vida social, e para tanto utiliza-se de normas protetoras, ou seja, de normas que objetivam evitar que tais bens ou direitos possam ser violados. De modo que deve haver à disposição do cidadão, ou de um entre que o faça valer em Juízo, um instrumento processual civil capaz de impedir a simples violação do direito, sem se importar com o dano. Para melhor explicar, é preciso deixar claro que, na sociedade contemporânea, o ato que é contrário ao direito, mas não produz dano, não pode fugir do campo de aplicação do processo civil, pretendendo-se refugiar na seara exclusiva do processo penal. Note-se que esta nova concepção de processo civil toma como necessária a distinção entre o ato contrário ao direito e dano, uma vez que antigamente o processo civil preocupava-se apenas em evitar ou reparar o ilícito danoso, mas não em evitar ou reprimir a simples conduta contrária ao direito¹².

A ação inibitória tem como finalidade impedir a prática de um ato ilícito, a sua continuidade ou a sua repetição. Depreendem-se três situações fáticas distintas: o ato ilícito ainda não foi praticado e, através da ação inibitória, pretende-se impedir a sua prática; o ato ilícito já foi praticado e se pretende impedir a sua continuidade; ou, por fim, o ato ilícito já foi praticado e já produziu seus efeitos, sendo que se pleiteia a tutela jurisdicional para evitar a sua repetição.

¹² MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação da Tutela. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 73.

Verifica-se, assim, que a ação inibitória não tem o dano como um dos seus pressupostos, sendo necessária à concessão da tutela a demonstração do perigo da prática de um ato contrário ao direito, de sua continuidade ou de sua repetição.

Não importa à procedência da ação inibitória a demonstração de qualquer elemento subjetivo – dolo ou culpa – na prática do ato contrário ao direito, até mesmo porque sendo uma tutela voltada para o futuro, não há como se avaliar objetivamente de forma prévia o dolo ou a culpa de uma conduta futura.

Portanto, para a procedência da ação inibitória é necessário apenas demonstrar a probabilidade de repetição ou continuação de um ilícito já praticado, ou a probabilidade da prática de um ato ilícito quando ainda não houver sido praticado.

A tutela inibitória guarda consonância com a defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa, sendo possível a sua utilização para prevenir a prática de atos ilícitos contra estes direitos fundamentais.

Partindo-se das premissas que o ato de improbidade administrativa é um ato ilícito, já que contrário ao direito, e demonstrada a probabilidade de sua continuidade ou de sua repetição, conclui-se como, não somente possível, mas imperiosa a concessão de uma tutela inibitória que previna a sua ocorrência e garanta a efetividade dos direitos fundamentais em questão.

A tutela inibitória tem justamente a finalidade de prevenir a prática de um ato contrário ao direito e o pressuposto para a sua concessão é tão somente a probabilidade de que este venha a ser praticado, continuado ou repetido.

Trata-se, na verdade, de uma ação de conhecimento autônoma, mas cuja tutela que se pretende é de cunho inibitório, e não condenatório como na ação civil de improbidade administrativa, sendo o seu pedido a concessão da tutela jurisdicional

necessária e suficiente, na forma do artigo 461 do Código de Processo Civil, para evitar a prática do ato de improbidade administrativa.

Na linha da doutrina de Fernando Rodrigues Martins acerca da concessão das tutelas de urgência nas ações civis de improbidade administrativa, importa especialmente a ideia de prevenção do ilícito através da concessão de uma tutela inibitória, sendo que a Constituição Federal, no artigo 5º, inciso XXXV, quando determina que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário a “ameaça” de lesão a direito, sedimenta a hipótese de tutela inibitória para a defesa e proteção do patrimônio público e da moralidade administrativa, cuja base legal consiste no artigo 461 do Código de Processo Civil.¹³

Afigura-se improvável, contudo, que esta ação inibitória tenha curso independente ao da ação civil de improbidade administrativa, pois haverá continência entre elas, sendo admissível a cumulação das ações e, até mesmo, a concessão antecipada da tutela inibitória consistente na adoção das medidas suficientes para impedir a prática de um novo ato de improbidade administrativa.

É de bom alvitre que todos os atos de improbidade administrativa tipificados nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA poderão ser objeto da ação inibitória que vise prevenir a sua prática, já que o ato ilícito pressuposto desta tutela é tão somente aquele contrário ao direito, prescindindo da ocorrência de dano, inclusive, nestas espécies de ação, do dano ao erário.

4. A Proibição de Contratar com o Poder Público

¹³ MARTINS, Fernando Rodrigues. Controle do Patrimônio Público. Comentários à Lei de Improbidade Administrativa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 370.

A lei n.º 8.429/92 elenca como uma de suas sanções a aplicação ao agente ímprobo da proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário.

A sanção de proibição de contratar com o Poder Público tem caráter temporário, sendo de 10, 05 ou 03 anos (incisos I, II e III do artigo 12 da lei n.º 8.429/92), dependendo da espécie de ato de improbidade administrativa (artigos 9º, 10 e 11 da lei n.º 8.429/92), contudo, possui a característica de generalidade já que engloba toda a administração pública, direta ou indireta, e todos os níveis de governo, federal, estadual e municipal.

A proibição de contratar com o Poder Público não é prevista somente como uma sanção típica aos atos de improbidade administrativa na lei n.º 8.429/92, tendo assento também na lei n.º 8.666/93 como sanções administrativas a serem aplicadas pela própria Administração Pública nas hipóteses de inexecução contratual total ou parcial, da prática de atos ilícitos com a finalidade de frustrar os objetivos de licitação, da existência de condenação pela prática de fraude fiscal no recolhimento de tributos, e da prática de atos ilícitos que denotem a ausência de idoneidade do contratado.¹⁴

¹⁴ Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

(...)

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

Art. 88. As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta lei:

Logicamente que a proibição de contratar com o Poder Público, em cada uma das legislações referidas, possui graduações e alcances distintos, mas seu mote sempre é a correção de um desvio ético de conduta do ímprobo no trato com a coisa pública.

A sanção de proibição de contratar com o poder público aplicada em razão da prática do ato de improbidade administrativa, embora prevista nos três incisos do artigo 12 da LIA, ou seja, tanto aos atos de improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito, como àqueles que causam dano ao erário e àqueles que afrontam aos princípios da administração pública, não têm incidência obrigatória, sendo que nem sempre o Juiz a aplicará.

De fato, as sanções previstas no artigo 12 da lei n.º 8.429/92 não são cumulativas, sendo que nem sempre todas que estão descritas nos seus incisos serão aplicadas ao ímprobo pelo julgador, o qual, atento ao princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, cominará quais as sanções, e com qual graduação, incidirão no caso em concreto.

Veja-se a doutrina de Sérgio Turra Sobrane:

Não há dúvida de que o magistrado, ao aplicar as sanções ao ato de improbidade, deve perseguir a indispensável reprovação da conduta praticada, cabendo-lhe impor as sanções previstas na lei que se mostrem adequadas e razoavelmente necessárias para tal desiderato, o que significa que deve, invariavelmente, impor todas as sanções cominadas. Adotar a proporcionalidade para imposição das sanções leva, inexoravelmente, à

I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;

II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;

III - demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.

necessidade de se inferir quais seriam as sanções próprias à repressão do ato de improbidade administrativa e que poderiam ser aplicadas pelo juiz para atender ao fim legal¹⁵.

A proibição de contratar com o Poder Público consiste em sanção administrativa e sanção por ato de improbidade administrativa prevista expressamente em lei, o que não impede que seja aplicada como tutela inibitória para evitar a prática de um ato contrário ao direito, já que o julgador deve adotar as medidas que forem necessárias para garantir a prevenção do ilícito na forma do artigo 461 do Código de Processo Civil.

Certo é que, aplicada como sanção pelo ato de improbidade administrativa, o que não ocorrerá em todas as hipóteses em virtude da não cumulatividade das sanções, a proibição de contratar com o Poder Público impõe uma restrição ao ímprobo diante do grave desvio ético de sua conduta e, portanto, possui caráter retributivo.

De outro lado, também é certo que a mesma medida pode ser determinada pelo Juízo, na forma do artigo 461 do Código de Processo Civil, somente para prevenir a ocorrência de um ato ilícito e, assim, revestir-se de caráter inibitório.

Suponha-se a hipótese de uma fraude licitatória que culmina com a contratação ilegal de uma empresa pela administração pública municipal e que esta empresa é habitualmente contratada pela municipalidade porque, em razão de outras circunstâncias (desde a localização da sede, da conjugação das indústrias, oficinas e estruturas fornecedoras de matérias-primas, e de outras facilidades), oferece o melhor preço do mercado. Ajuizada a ação civil de improbidade administrativa contra a pessoa jurídica e seus representantes legais, durante o tempo do trâmite da ação, provavelmente, a empresa será contratada outras vezes pela Administração Pública, o que não somente

¹⁵ SOBRANE, Sergio Turra. Improbidade Administrativa – Aspectos Materiais, Dimensão Difusa e Coisa Julgada. São Paulo: Editora Atlas, 2010. p.167.

compromete a efetividade da proteção judicial da probidade administrativa, como também propicia a prática de inúmeros outros atos ímprobos.

Ainda que haja possibilidade da Administração Pública aplicar, nos termos da lei n.º 8.666/93, a proibição temporária de contratar com o Poder Público à pessoa jurídica de direito privado, conforme já asseverado, por vezes, o agente político que a representa tem interesse na contratação da mesma empresa e, até mesmo, estará também respondendo a mesma ação de improbidade administrativa.

Em casos tais, tão evidente é a probabilidade da repetição do ato de improbidade administrativa pelos mesmos requeridos que se impõe a cumulação da ação de improbidade administrativa com a ação inibitória, com pedido de antecipação de tutela nesta última, para que se determine a proibição temporária da empresa e de seus representantes legais contratarem com o poder público municipal. Ademais, não há dúvidas de que a imposição de tal restrição é a medida necessária e suficiente para evitar a repetição da prática do ato contrário ao direito, sendo que o intento da medida judicial pleiteada não é sancionatório, mas essencialmente preventivo de repetição do ato ilícito durante o longo trâmite da ação de conhecimento condenatória.

Não se olvida que a sanção da proibição de contratar com o poder público prevista na lei de improbidade administrativa é muito mais ampla do que a restrição imposta, na forma proposta, em tutela inibitória, já que o alcance desta última se restringiria somente à pessoa jurídica de direito público atingida pelo ato de improbidade praticado.

5. Precedentes da Jurisprudência

Verifica-se que, atualmente, a jurisprudência dos nossos Tribunais de Justiça dos Estados e no Superior Tribunal de Justiça ratifica a concessão de liminares para que o contrato administrativo objeto da ação civil de improbidade administrativa e os pagamentos dele decorrentes sejam suspensos.

Veja-se que o objeto dessas liminares é a desconstituição de uma relação obrigacional durante a qual foi praticado o ato de improbidade que se aponta na própria ação, sendo que, o enfoque desse artigo é a concessão liminar de tutela inibitória para impedir a prática de outros atos de improbidade administrativa, ou seja, os seus efeitos projetam-se para além do objeto da ação – da relação negocial, do procedimento licitatório ou do contrato administrativo atingido pela improbidade administrativa praticada.

Emblemático à diferenciação entre as cautelares, as antecipações de tutela e a tutela inibitória da repetição de ato contrário ao direito nas ações civil de improbidade administrativa é o acórdão proferido pela 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, o qual desproveu agravo de instrumento impetrado contra decisão de 1ª instância que concedeu a cautelar de indisponibilidade de bens dos requeridos, bem como proibiu novos pagamentos ao posto de gasolina contratado, proibiu novos abastecimentos neste mesmo estabelecimento e, por fim, proibiu a assunção de cargo comissionado na Administração Municipal e a de contratar com o Poder Público.¹⁶

¹⁶AGRAVO DE INSTRUMENTO - DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - CONTRATAÇÃO IRREGULAR DE FORNECIMENTO DE COMBUSTÍVEL PELO MUNICÍPIO DE MIMOSO DO SUL - DECRETO DE INDISPONIBILIDADE DOS BENS - PRESENÇA DOS REQUISITOS - FUMUS BONI IURIS CARACTERIZADO PELOS DOCUMENTOS CONSTANTES NOS AUTOS - PERICULUM IN MORA PRESUMIDO - PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 7º DA LEI 8.429/1992 - PROIBIÇÃO DE ABASTECIMENTO NO POSTO ENVOLVIDO NA INVESTIGAÇÃO - DECORRÊNCIA DOS INDÍCIOS DA PRÁTICA DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - PROIBIÇÃO DE CONTRATAÇÃO PARA CARGO COMISSIONADO E DE CONTRATAR COM O PODER PÚBLICO MANTIDAS - RESGUARDO DA ÉTICA NO TRATO DA COISA PÚBLICA - DECISÃO MANTIDA - RECURSO

Tratava-se de ação de improbidade administrativa em virtude de fraude licitatória e contratação ilegal para fornecimento de combustíveis pelo município de Mimoso do Sul, na qual o Ministério Público pleiteou uma série de medidas liminares/antecipações de tutela, as quais foram concedidas pelo MM. Juízo de 1ª instância e objeto de agravo de instrumento interposto pela empresa Petro Mimoso do Sul Ltda.

A primeira medida cautelar guerreada no agravo foi a decretação da indisponibilidade de bens dos demandados, medida cautelar expressamente prevista na lei n.º 8.429/92 e que guarda instrumentalidade com o processo de improbidade administrativa, pois visa assegurar a efetividade da tutela jurisdicional, especificamente o ressarcimento ao erário e o pagamento da multa cominada.

Seguiu-se a insurgência do agravante em razão da suspensão dos pagamentos realizados pela Prefeitura à empresa e da proibição de abastecimentos dos veículos no posto de gasolina contratado. Ocorre que, na linha de raciocínio do presente estudo, na medida em que o contrato administrativo é nulo, da eventual antecipação de

DESPROVIDO. 1 - A decretação de indisponibilidade dos bens, medida que decorre do poder geral de cautela do Juiz, há de ser deferida quando houver indícios da prática de atos de improbidade. 2 - A existência de indícios configura o *fumus boni iuris* necessário para a medida cautelar de decretação da indisponibilidade dos bens. 3 - Já o *periculum in mora*, no caso da ação civil pública por atos de improbidade administrativa, é presumido e visa garantir eventuais prejuízos causados ao erário. Precedentes do c. STJ e do e. TJ/ES. 4 - As demais medidas restritivas adotadas na espécie, tais como a proibição de novos pagamentos ao posto de gasolina que é tido pelo Ministério Público como participante de esquema fraudulento de licitação e proibição de novos abastecimentos neste mesmo estabelecimento, são medidas razoáveis e decorrência lógica da própria afirmação de existir indícios da prática de atos de improbidade administrativa. 5 - A proibição liminar de ocupar cargo comissionado na Administração Municipal e a de contratar com o Poder Público serve, dentre outros, para salvaguardar a ética no trato da coisa pública, além de evitar a ocorrência de situações conflitantes (indícios de atos de improbidade e possibilidade de contratar com o Poder Público e de assumir cargos comissionados). Precedente. 6 - Decisão mantida. 7 - Recurso conhecido e desprovido. (Agravo de Instrumento nº 32109000144, 1ª Câmara Cível do TJES, Rel. William Couto Gonçalves. j. 24.04.2012, unânime, DJ 09.05.2012).

tutela mandamental consistente na suspensão de sua execução, decorreria como consequência lógica a paralisação dos pagamentos e de aquisição do combustível pela pessoa jurídica contratante.

No voto do eminente Relator do agravo, ficou consignado que esta medida também era necessária para acautelar o eventual ressarcimento de bens, já que, se repassados os valores devidos pelo município à empresa, estes poderiam ser objeto de dilapidação. Tal fundamentação acaba por atribuir a esta decisão judicial natureza cautelar consistente na garantia da efetividade da tutela jurisdicional de condenação por ato de improbidade administrativa e, especialmente, o ressarcimento ao erário público.

Por fim, o agravo de instrumento combateu a decisão judicial que determinou a proibição do agravante de ocupar cargo comissionado na Administração Municipal e a proibição de contratar com o Poder Público, sendo que, na forma da tese ora defendida, a natureza da tutela que concedeu tais medidas seria inibitória, pois destinada a prevenir a repetição de ato de improbidade administrativa.

O eminente Relator, ao fundamentar a necessidade de manutenção destas medidas judiciais concedidas em sede liminar pelo Juízo de 1ª instância, entendeu que se tratava de verdadeira antecipação da tutela, a qual se revogada poderia gerar situações inadmissíveis durante o transcorrer da ação de improbidade administrativa.

Pensar de modo diverso, ou seja, revogar esta parte do decisum (proibição de ocupar cargo comissionado na Administração Municipal e a proibição de contratar com o Poder Público), significaria admitir situações que afrontariam a moralidade administrativa, durante o transcorrer da ação de improbidade administrativa, como por exemplo, a nomeação do ímprobo em cargos comissionados junto a administração pública; ou, noutro caso, sendo declarado vencedor em idêntico procedimento licitatório.

De qualquer forma, a decisão judicial de 1ª instância foi mantida na íntegra pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, o qual negou provimento, por unanimidade, ao agravo de instrumento interposto.

Em outro agravo de instrumento, julgado pela 1ª Câmara Cível, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul¹⁷ ratificou a decisão do Juízo de 1ª instância que determinou, liminarmente, em ação de improbidade administrativa, a proibição da requerida de receber verbas do Poder Público, bem como de com ele contratar ou receber benefícios ou incentivos fiscais e creditícios, direta ou indiretamente.

O Desembargador Relator Luiz Felipe Silveira Difini asseverou que a concessão da liminar se impunha para a efetividade dos princípios constitucionais, especialmente o da moralidade administrativa e, que, na hipótese, era necessária a

¹⁷ AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MEDIDA LIMINAR QUE DETERMINA A PROIBIÇÃO DA AGRAVANTE DE RECEBER VERBAS DO PODER PÚBLICO, BEM COMO DE COM ELE CONTRATAR, RECEBER BENEFÍCIOS OU INCENTIVOS FISCAIS E CREDITÍCIOS. POSSIBILIDADE NO CASO CONCRETO. PRESENÇA DA VEROSSIMILHANÇA DO ALEGADO PELO AUTOR. IMPERATIVIDADE DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE.

Em alguns casos, de forma excepcional, pode o Juízo conceder a medida liminar *inaudita altera partes*, assegurando, imediatamente, o contraditório, como ocorreu no caso dos autos, em que não se pode olvidar que os fatos narrados pelo Ministério Público são de extrema gravidade e dão conta dos fortes indícios da conduta ímproba da recorrente, que envolve a utilização de recursos públicos para benefícios particulares ou de familiares; a ausência de critérios objetivos na escolha dos beneficiários em descumprimento à Lei Municipal nº. 2.309/2005; a utilização de veículos, materiais e equipamentos públicos em obra particular; a utilização do trabalho de servidores públicos e de apenados, encaminhados para prestação de serviços à comunidade, na execução de obra particular; a supressão de prova necessária ao deslinde da questão. Nessa senda, a questão exige uma ponderação entre dois valores constitucionais absolutamente importantes, que são o da moralidade e o da ampla defesa. No caso concreto, pela existência de fortes indícios da conduta ímproba, impera o princípio da moralidade administrativa, forte no art. 37, da Constituição Federal. (Agravo de Instrumento Nº 70049407406, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Silveira Difini, Julgado em 17/10/2012).

ponderação entre valores constitucionais, cujo resultado importaria na relativização do princípio da ampla defesa.

A determinação judicial que proibiu a agravante de contratar com o poder público teve, indubitavelmente, cunho inibitório, já que restou evidente a necessidade de se evitar a repetição de um ato de improbidade administrativa como o narrado no bojo da ação, como também restou evidenciada a probabilidade de que este poderia se repetir.

Veja-se que a concessão da tutela inibitória não tem como objeto o ato de improbidade já praticado, ao qual, no final da ação, serão cominadas as sanções proporcionais e razoáveis para a sua repressão, sendo que o objeto da inibitória reside na tutela preventiva da moralidade administrativa, para que se evite a prática de outros atos de improbidade administrativa, para além do processo em trâmite, mas cuja probabilidade de ocorrência se extrai dos fatos e circunstâncias narrados na ação em trâmite.

Registra-se que houve voto divergente do Desembargador Carlos Roberto Lofego Caníbal que deu provimento ao recurso de agravo, com fundamento nos princípios da presunção de inocência, da legalidade e do devido processo legal, os quais, no seu entendimento, teriam sido afrontados pela decisão de 1ª instância, que antecipou a aplicação de uma sanção de improbidade administrativa.

Independentemente do posicionamento contrário, com o devido respeito ao teor deste último voto proferido no agravo em análise, redireciona-se a natureza da decisão judicial concedida em 1ª instância e mantida pelo Tribunal de Justiça aludido, ao âmbito da tutela inibitória, no qual tais situações encontram guarida e solução condizente com a tutela dos novos direitos.

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça admitiu a possibilidade da concessão de tutela inibitória em ação de improbidade administrativa consistente

justamente na proibição daquele que responde por ato de improbidade administrativa de firmar contratos com o Poder Público.¹⁸

Infere-se que o entendimento desse Tribunal Superior foi pela possibilidade do Juízo, com fundamento no artigo 461 do Código de Processo Civil, conceder a tutela inibitória em questão para extirpar o ato lesivo, firmando o entendimento que a proibição de contratar com o poder público não possui caráter exclusivamente sancionatório.

Destacam-se as seguintes considerações do voto do Ministro Relator Herman Benjamin: a) a decisão judicial de proibição de contratar com o Poder Público não consiste em antecipação de tutela sancionatória, mas sim de adoção de medidas

¹⁸ ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE. MEDIDA LIMINAR INAUDITA ALTERA PARS. PODER GERAL DE CAUTELA (ART.804 CPC). EXCEÇÃO AO ART. 17, § 7º, DA LIA. TUTELA ESPECÍFICA DE CARÁTER NÃO EXCLUSIVAMENTE SANCIONATÓRIO. VIABILIDADE.

(...)

PROVIDÊNCIAS CAUTELARES

5. Ressalvadas as medidas de natureza exclusivamente sancionatória - por exemplo, a multa civil, a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos - pode o magistrado, a qualquer tempo, adotar a tutela necessária para fazer cessar ou extirpar a atividade nociva, consoante disciplinam os arts. 461, § 5º, e 804 do CPC, 11 da Lei 7.347/85 e 21 da mesma lei combinado com os arts. 83 e 84 do Código de Defesa do Consumidor, que admitem a adoção de todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela dos interesses que a Ação Civil Pública busca proteger.

6. No caso concreto, o acórdão regional revela a gravidade dos atos de improbidade, que consistiram na utilização de recursos públicos para benefícios particulares ou de familiares, no emprego de veículos, materiais e equipamentos públicos em obra particular; no uso do trabalho de servidores públicos e de apenados (encaminhados para prestação de serviços à comunidade) em obra particular e na supressão de prova necessária ao esclarecimento dos fatos. Nesse contexto, a liminar concedida pelo juízo de primeiro grau para proibir a demandada de receber novas verbas do Poder Público e com ele contratar ou receber benefícios ou incentivos fiscais e creditícios guarda relação de pertinência e sintonia com o ilícito praticado pela ré, sendo evidente o propósito assecuratório de fazer cessar o desvio de recursos públicos, nos termos do que autorizado pelos preceitos legais anteriormente citados.

Recurso Especial não provido. (REsp 1385582/RS. Rel. Ministro Herman Benjamin; 2 Turma. J. em 01.10.2013, p. DJe em 15.08.2014)

tendentes à extirpação da atividade nociva; b) o artigo 20 da Lei n.º 8.429/92 reclama o trânsito em julgado da sentença proferida em ação de improbidade administrativa apenas para a efetivação das sanções de perda da função pública e de suspensão dos direitos políticos e, assim, ressalvadas essas medidas de natureza exclusivamente sancionatória pode o magistrado, a qualquer tempo, adotar as medidas necessárias para fazer cessar a atividade nociva.

6. Conclusões articuladas

a) A efetividade da proteção judicial ao patrimônio público e à moralidade administrativa demanda a possibilidade da concessão de tutelas de urgência nas ações civis por ato de improbidade administrativa, pois inconteste que a usual demora no processo cognitivo acaba por perpetuar o prejuízo a ambos os direitos fundamentais. Neste passo, a tutela de urgência nas ações civis de improbidade administrativa deverá ser adotada não somente quando haja risco à efetividade do processo, que consiste nas cautelares propriamente ditas, como quando haja necessidade de antecipação da tutela jurisdicional final, no todo ou em parte e, ademais, quando for necessária para prevenir a prática de um ato ilícito.

b) A proibição de contratar com o Poder Público consiste em sanção administrativa e por ato de improbidade administrativa previstas expressamente em lei, sendo possível a sua aplicação judicial como tutela inibitória para evitar a repetição da prática de um ato contrário ao direito, no caso em comento, de um ato de improbidade administrativa, já que o julgador deve adotar as medidas que forem necessárias para garantir a prevenção do ilícito na forma do artigo 461 do Código de Processo Civil. Não há dúvidas de que, comprovados os requisitos para a concessão da tutela inibitória, a

imposição de tal restrição é a medida necessária e suficiente para evitar a repetição da prática do ato contrário ao direito, sendo que o intento da medida judicial não é sancionatório, mas essencialmente preventivo de repetição do ato de improbidade administrativa durante o longo trâmite da ação de conhecimento condenatória.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Francisco Glauber Pessoa. Tutelas Sumárias e Afastamento dos Agentes Públicos na Lei n.8.429/92. Improbidade Administrativa: aspectos processuais da Lei n. 8.429/92. (Cordenadores) Paulo Henrique dos Santos Lucon, Eduardo José da Fonseca Costa, Guilherme Recena Costa. Sao Paulo: Atlas, 2013.

DECOMAIN, Pedro Roberto. Improbidade Administrativa. 2 Edição. São Paulo: Dialética, 2014.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. Improbidade Administrativa. São Paulo: Atlas, 2012.

GARCIA, Emerson. Improbidade Administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação da Tutela. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARTINS, Fernando Rodrigues. Controle do Patrimônio Público. Comentários à Lei de Improbidade Administrativa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Probidade Administrativa. 4 Edição. São Paulo: 2009.

NEIVA, José Antonio Lisboa Neiva. Improbidade Administrativa – Legislação Comentada artigo por artigo. 4 Edição. Niterói: Rio de Janeiro, 2013.

SOBRANE, Sergio Turra. Improbidade Administrativa – Aspectos Materiais, Dimensão Difusa e Coisa Julgada. São Paulo: Editora Atlas, 2010.