

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

FILIPÉ NESI TOSSI SILVA

A ANTECIPAÇÃO, EM SEDE DE TUTELA PROVISÓRIA, DA PROIBIÇÃO DE
CONTRATAR COM O PODER PÚBLICO NAS AÇÕES QUE COMBATEM ATOS
DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

SÃO PAULO

2019

A ANTECIPAÇÃO, EM SEDE DE TUTELA PROVISÓRIA, DA PROIBIÇÃO DE
CONTRATAR COM O PODER PÚBLICO NAS AÇÕES QUE COMBATEM ATOS
DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

FILIPES NESI TOSSI SILVA

Trabalho de Graduação
Interdisciplinar apresentado
como requisito para obtenção do
título de Bacharel no Curso de
Direito da Universidade
Presbiteriana Mackenzie.

ORIENTADORA: PROF^a. DR^a. GEISA RODRIGUES

São Paulo

2019

A ANTECIPAÇÃO, EM SEDE DE TUTELA PROVISÓRIA, DA PROIBIÇÃO DE
CONTRATAR COM O PODER PÚBLICO NAS AÇÕES QUE COMBATEM ATOS
DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

FILIPE NESI TOSSI SILVA

Trabalho de Graduação
Interdisciplinar apresentado
como requisito para obtenção do
título de Bacharel no Curso de
Direito da Universidade
Presbiteriana Mackenzie.

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA

Examinadora: Prof^ª Dr^ª Geisa Rodrigues

Examinador(a):

Examinador(a):

Dedico este trabalho aos meus pais,
José Marcelo e Flora Maria, ao meu
irmão Arthur e aos meus avós
Giuseppe (*in memoriam*) e Rosita.

AGRADECIMENTOS

Devo agradecimentos, em primeiro lugar, à minha orientadora, Excelentíssima Professora Dr.^a Geisa Rodrigues, pois sua orientação foi fundamental à conclusão deste trabalho.

Agradeço, também, aos meus pais, José Marcelo e Flora Maria que sempre me incentivaram ao longo de toda jornada acadêmica.

Agradecimentos especiais à Excelentíssima Doutora Deborah Pierri, Procuradora de Justiça, que me auxiliou ao longo de toda elaboração deste trabalho e sempre me incentivou a buscar os melhores resultados.

E, por fim, agradeço aos meus amigos que sempre estiveram comigo ao longo dessa jornada, a maioria desde os tempos anteriores à academia. Em especial à minha namorada Verônica e aos meus caros amigos Augusto, Bruna, Filadelfo e Guilherme.

RESUMO

Neste trabalho apresenta-se a evolução histórica de normas que trataram de temas atualmente enquadrados como improbidade administrativa, bem como realiza-se estudo panorâmico acerca de elementos pontuais da improbidade administrativa, com maior enfoque em quais são as modalidades de improbidade administrativa regulamentadas pela Lei 8.429/92 e quais são as sanções que esta Lei prevê.

Mais adiante, é dada maior atenção para uma penalidade específica, a proibição de contratar com o Poder Público. Neste capítulo analisa-se como se dá a efetivação desta sanção e quais são os obstáculos à sua efetivação.

Posteriormente, é abordada a tutela provisória no Código de Processo Civil Brasileiro, bem como sua regulamentação em diplomas específicos do microssistema processual coletivo, como a Lei de Ação Civil Pública, o Código de Defesa do Consumidor e a própria Lei de Improbidade Administrativa.

Por fim, é realizado estudo acerca da possibilidade de aplicação da proibição de contratar com o Poder Público, em sede de tutela provisória e, ainda, apresentado instituto relevante para evitar problemas que esta antecipação poderia gerar ao sujeito que sofreria com seus efeitos se não fosse aplicado mecanismo de contrapeso, e, também, quais são as dificuldades que tal medida encontra em relação à sua plena efetividade.

PALAVRAS CHAVE: Direito Administrativo; improbidade; modalidades; sanções; proibição de contratar com Poder Público; tutela provisória; tutela provisória de proibição de contratar com o Poder Público.

ABSTRACT

In this paper the author tries to show the historical evolution of acts that regulated conducts that today are known as administrative improbity just as it conducts a panoramic study about specific elements of administrative improbity, with a greater focus on what are the administrative improbity modalities regulated by the Act 8.429 / 92 and what are the sanctions that this Act provides.

Further attention is given to a specific penalty, the prohibition of contracting with the Government. This chapter presents how this sanction takes place and what are the obstacles to its enforcement.

Subsequently, the interim protection in the Brazilian Civil Procedure Code is analyzed, as well as its regulation in specific laws of the collective procedural microsystem, such as the Public Civil Action Law, the Consumer Protection Code, and the Administrative Improbity Law itself.

Finally, a study is conducted on the possibility of applying the prohibition of contracting with the Government in the context of interim protection and also presented relevant institute to avoid problems that this anticipation could generate to the subject that would suffer from its effects if not applied. counterbalance mechanism, and also what are the difficulties that such a measure encounters in relation to its full effectiveness.

KEY WORDS: Administrative Law; administrative improbity; modalities, sanctions; prohibition from contracting with the Government; interim protection; interim protection of prohibition from contracting with the Government

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO 1. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	2
1.1. Evolução histórica e previsão legal.....	2
1.2. Conceito de Improbidade Administrativa.....	5
1.3. Sujeitos Passivos e Ativos dos atos de improbidade administrativa.	8
1.4. Aspectos gerais das modalidades de Improbidade Administrativa.	13
1.5. Sanções dos atos de Improbidade Administrativa.....	30
CAPÍTULO 2. A 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.....	39
2.1. Apresentação desta sanção.....	39
2.2. Motivação de escolha da proibição de contratar com o Poder Público como sanção específica a ser estudada.	52
2.3. Aplicação prática da sanção de proibição de contratar com o Poder Público.	53
2.4. Dificuldades na efetivação da proibição de contratar com o Poder Público.	55
CAPÍTULO 3. DA TUTELA PROVISÓRIA.	58
3.1. A tutela provisória no Código de Processo Civil.....	58
3.2. A tutela provisória na Lei de Ação Civil Pública.....	69
3.3. A tutela provisória no Código de Defesa do Consumidor.	72
3.4. Tutela provisória na Lei de Improbidade Administrativa.....	76
CAPÍTULO 4. A ANTECIPAÇÃO DA PROIBIÇÃO DE CONTRATAR COM O PODER PÚBLICO.	82
4.1. Da fundamentação.	82
4.2. Da necessidade de implementação de um instituto similar ao da detração no Direito Penal.....	93
4.3. Efetivação desta proibição de contratar com o Poder Público em sede de tutela provisória.	96
CONCLUSÃO.....	101
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	104

INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988, em seu artigo 37, § 4º, introduziu, na atual conjuntura normativa nacional, uma esfera de responsabilização dos agentes públicos que praticassem atos considerados imorais e incompatíveis com a qualidade de gestor da coisa pública.

A Lei 8.429, de 1992 foi editada para regular esta esfera de responsabilizada apresentada pela Constituição Cidadã, e um dos principais objetivos que esta responsabilização almeja alcançar é a reparação dos danos gerados pela prática de conduta incompatível com os princípios aos quais aqueles que possuem vínculo com a Administração Pública se submetem.

No entanto, ao longo dos anos, foi se percebendo que o objetivo principal deste microsistema de responsabilização não estava surtindo o efeito pretendido, ou seja, o ressarcimento dos danos causados pela prática de condutas ilícitas não possuía efetividade satisfatória.

É neste quadro de considerações que surgiu a necessidade de adoção de medidas que, inicialmente, não encontram previsão expressa na legislação pátria, mas que, em razão de uma somatória de regras estabelecidas nas normas regentes do Processo Civil Brasileiro e no microsistema da tutela coletiva, foram sendo adotadas pelas Cortes pátrias.

O objetivo deste trabalho é estudar uma destas medidas, a proibição de contratar com o Poder Público aplicada em sede de tutela provisória. Para isso, buscaremos respaldo em doutrinas de diversos ramos do direito, em pesquisas empíricas, manual de atuação do *Parquet* federal e na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

CAPÍTULO 1. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

1.1. Evolução histórica e previsão legal.

A improbidade administrativa, apesar de não ser regulamentada sob esta nomenclatura, nem com a mesma profundidade com que é atualmente, contou com diversas previsões ao longo da história do ordenamento jurídico brasileiro.

A evolução histórica de diplomas que trataram sobre atos de improbidade e sobre a responsabilização dos agentes abrangeu as normas que serão indicadas a seguir, conforme Flávia Cristina e Lucas Pavione¹.

A Constituição do Império, de 1824, previu a responsabilização dos Ministros de Estado (artigo 133) pela prática de peita, suborno ou concussão (inciso II), por abuso do poder (inciso III), pela falta de observância da Lei (inciso IV) e qualquer dissipação de bens públicos (inciso IV). De acordo com o artigo 134 desse diploma, a responsabilização estaria condicionada à edição de lei particular (Lei de 15 de outubro de 1827).

Já a Constituição de 1891 dispôs, em seu artigo 54, sobre os crimes de responsabilidade praticados pelo Presidente, que, apesar de serem infrações político-administrativas, tratam do tema de probidade que, posteriormente, recebe tratamento específico na Lei de Improbidade Administrativa, e inseriu, dentre eles, os atos que atentassem contra a probidade administrativa (6º) e contra a guarda e emprego constitucional dos dinheiros públicos (7º). Novamente, a aplicação prática deste dispositivo dependeria da elaboração de lei especial para definir os delitos (§1º) e de lei que regulasse a acusação, o processo e o julgamento (§2º), sendo que não encontramos registro da edição desta lei específica.

A Constituição de 1934 reproduziu, em seu artigo 57, alíneas “f” e “g”, o disposto na Constituição de 1891.

Por sua vez, ao versar sobre os atos do Presidente que seriam caracterizados como crime de responsabilidade a Constituição de 1937 replicou o disposto nas Constituições de 1891 e de 1934, porém, uniu as duas hipóteses previamente previstas em um único inciso (artigo 85, “d”). O artigo 86 previa, além de norma geral de procedimento ao qual

¹ ANDRADE, Flávia Cristina Moura de; PAVIONE, Lucas dos Santos. *Improbidade administrativa*. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014. v 23, p. 13-15. (Coleção leis especiais para concurso).

o Presidente seria submetido, a sanção de perda do cargo, com inabilitação para o exercício de qualquer função pública, pelo prazo máximo de 5 anos, sem prejuízo das ações cíveis e criminais cabíveis.

Com a promulgação da Constituição de 1946 passaram a ser previstos como atos do Presidente que caracterizam crime de responsabilidade (artigo 89) aqueles que atentassem contra a probidade na administração (V) ou contra a guarda e o legal empenho dos dinheiros públicos (VII). O parágrafo único do mencionado dispositivo delegava à lei especial a definição dos crimes e a criação de normas de processo e julgamento.

Além disso, a Constituição de 1946 inseriu no ordenamento jurídico a sanção de sequestro e perdimento de bens nos casos de enriquecimento ilícito por influência ou abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica (artigo 141, §31, segunda parte).

Posteriormente, a Lei Federal nº 3.164, de 1957, regulamentou o disposto no artigo 141, § 31, segunda parte, da Constituição de 1946.

Na sequência, a Lei nº 3.502, de 1958, tratou do sequestro e perdimento de bens nos casos de enriquecimento ilícito por influência ou abuso de cargo ou função.

Com a promulgação da Lei que regulamentou a Ação Popular (Lei nº 4.717/65) passou a ser conferido ao cidadão o poder de controle de atos lesivos ao patrimônio público.

A Constituição de 1967, em seu artigo 87, previu que os atos atentatórios à probidade administrativa caracterizavam crime de responsabilidade do Presidente da República. Além disso, o seu artigo 150, § 31 autorizou qualquer cidadão a propor ação popular com o objetivo de anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas.

Em 13 de dezembro de 1968 entrou em vigor o Ato Institucional nº 5 que previu, em seu artigo 8º, a possibilidade de decretação de confisco de todos os bens adquiridos em razão de enriquecimento ilícito no exercício de cargo ou função pública, inclusive de autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, sem prejuízo das sanções penais cabíveis, com a ressalva, porém, de que, se demonstrada a legitimidade da aquisição dos bens, eles seriam restituídos.

Ainda no período da ditadura militar, foi editado o Ato Institucional nº 14 de 1969, que alterou a redação do § 11 do artigo 150, da Constituição de 1967, que, além das hipóteses já existentes, estipulou a perda de bens por danos causados ao Erário. No

mesmo ano foi editada a Emenda Constitucional nº 1 de 1969, que alterou a Constituição de 1967, inserindo, dentre outros, o §11, do artigo 153, que previa que nova lei regularia o perdimento de bens em situações de dano ao Erário ou enriquecimento ilícito, e o artigo 154, que apresentava a hipótese de suspensão de direitos políticos em casos de abuso de direito individual ou político.

No atual sistema normativo pátrio a improbidade administrativa encontra previsão, diretamente, no artigo 37, § 4º, da Constituição da República Federativa do Brasil².

Além disso, outros dispositivos constitucionais versam, ainda que indiretamente, sobre elementos relacionados à improbidade administrativa. São eles:

O artigo 14, § 9º prevê que lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade, a fim de proteger “[...] a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato [...]”. A Lei Complementar que regula o dispositivo citado é a LC nº 64, de 1990, mais especificadamente, em seu artigo 1º, I, alíneas “g” e “l”.

O artigo 15, V, que reza que os direitos políticos só poderão ser suspensos, dentre outras hipóteses, nos casos de improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.

Por fim, o artigo 85, que trata dos crimes de responsabilidade praticados pelo Presidente da República, considera, em seu inciso V, que os atos atentatórios à probidade administrativa caracterizam crime de responsabilidade.

Porém, a Carta Magna não apresenta definição acerca do que configuraria um ato de improbidade administrativa, deixando tal encargo à lei específica.

Nesta senda, foi editada a Lei 8.429, de 1992, em que foram estabelecidos conceitos jurídicos acerca de quais atos configurariam improbidade administrativa, quais seriam as pessoas, físicas ou jurídicas, que poderiam praticar tais atos, além de apresentar as

² Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

§ 4º 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.

sanções, que vão além das previstas no dispositivo constitucional, aplicáveis àqueles que praticarem os atos descritos como ímprobos.

A Lei de Improbidade Administrativa, além de conter regras de direito material, apresenta, também, normas de direito processual como, por exemplo, medidas cautelares específicas e um procedimento especial a ser observado.

1.2. Conceito de Improbidade Administrativa.

Para melhor compreensão do tema, antes de ingressar na análise de quais seriam os agentes que podem praticar atos de improbidade, quais seriam esses atos e demais aspectos constantes na Lei 8.429/92, cabe definir o que é a improbidade administrativa e demonstrar seu conceito.

A probidade é definida por DE PLÁCIDO E SILVA³ da seguinte forma:

PROBIDADE. Do latim *probitas*, de *probus* (probo, honesto, honrado), entende-se a honestidade de proceder ou a maneira criteriosa de cumprir todos os deveres, que são atribuídos ou cometidos à pessoa. Assinala, portanto, o caráter ou qualidade de probo. Revela a integridade de caráter, o procedimento justo.

Nesta senda, temos que a improbidade, em sentido amplo, é o ato desonesto, não criterioso para com o cumprimento dos deveres que são atribuídos à pessoa.

A definição de improbidade, contudo, é genérica e não contém o conceito de improbidade administrativa. Na mesma trilha, a própria Constituição Federal de 1988 trata a improbidade administrativa de maneira imprecisa, não adentrando em qualquer detalhamento.

Isto, contudo, está de acordo com a vontade do legislador constituinte, que, de acordo com José Roberto Pimenta Oliveira⁴, adotou, voluntariamente, terminologia “imprecisa para garantir um tratamento adequado ao fenômeno social que se quer erradicar”.

³ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Volume III. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1984, p. 454.

⁴ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum. 2009, p. 178.

Para a fixação de um conceito preciso do que constitui improbidade administrativa serão consideradas as concepções apresentadas pela doutrina.

Nas palavras de Marçal Justen Filho⁵:

A improbidade administrativa consiste na ação ou omissão violadora do dever constitucional de moralidade no exercício da função pública, que acarreta na imposição de sanções civis, administrativas e penais, de modo cumulativo ou não, tal como definido em lei.

Este autor, ao dizer que “a improbidade administrativa consiste na ação ou omissão violadora do dever constitucional de moralidade”, compreende a probidade como sendo um sinônimo de moralidade.

Motauri Ciocchetti de Souza ⁶, assim como Marçal Justen Filho, entende que:

O conceito de improbidade administrativa advém da própria análise da expressão: improbidade vem de incorreção, de desonestidade, de ausência de lisura.

Complementa o autor:

Assim improbidade administrativa consiste na incorreção no trato da coisa pública, no descumprimento dos princípios que regem e norteiam a administração pública, implicando “a ideia de violação de preceitos legais e/ou morais que vinculam a atividade dos agentes públicos, violação intencional ou voluntária, dolosa ou culposa”

A doutrina, porém, não é pacífica acerca do conceito de improbidade administrativa.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁷ entende que o conceito de improbidade, apesar de similar ao de imoralidade, é mais abrangente, incorporando esta última, conforme se depreende deste excerto:

No entanto, quando se fala de em improbidade como ato ilícito, como infração sancionada pelo ordenamento jurídico, deixa de haver sinonímia entre as expressões improbidade e imoralidade, porque aquela tem um sentido muito mais amplo e muito mais preciso, que abrange não só atos desonestos ou imorais, mas também e principalmente atos ilegais. Na lei de improbidade administrativa (Lei nº 8.429, de 2-6-92), a lesão à moralidade

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014, p. 1083.

⁶ SOUZA, Motauri Ciocchetti de. *Interesses difusos em espécie: Direito Ambiental, Direito do Consumidor, Probidade Administrativa*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 136. Referência a OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade administrativa – Observações sobre a Lei 8.429/92*. Porto Alegre: Síntese, 1997, p. 56.

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2018, p. 106-117.

administrativa é apenas uma das inúmeras hipóteses de atos de improbidade previstos em lei.

Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves⁸, seguindo linha de pensamento igual à adotada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, afirmam:

Em que pese a observância ao princípio da moralidade um elemento de vital importância para a aferição da probidade, não é elemento único. Todos os atos dos agentes públicos devem observar a normatização existente, o que inclui toda a ordem de princípios, e não apenas o da moralidade. Assim, quando muito, será possível dizer que a probidade absorve a moralidade, mas jamais terá sua amplitude delimitada por esta.

Estes autores complementam:

No âmbito das estruturas estatais de poder, a concepção de boa gestão administrativa, em sentido diverso ao que se verifica no direito privado, confere igual importância e intensidade a referenciais instrumentais e finalísticos. Em outras palavras, a boa gestão exige tanto a satisfação do interesse público como a observância de todo o balizamento jurídico regulador da atividade que tende a efetivá-lo. O amálgama que une meios e fins, entrelaçando-os e alcançando uma unidade de sentido, é justamente a probidade administrativa. A improbidade aponta não só para uma desconsideração dos fins como também para uma situação de ruptura entre meios e fins.

José Roberto Pimenta Oliveira⁹ considera que a interpretação puramente gramatical do significado de improbidade não é suficiente para determinar o que é a improbidade administrativa, devendo ser somada, a esta análise, uma interpretação histórica e uma interpretação sob a ótica de princípios constitucionais.

Ainda segundo José Roberto Pimenta Oliveira, os princípios essenciais para a construção de um conceito de improbidade administrativa são: a) o princípio fundamental da República; b) o princípio da moralidade; c) o princípio da probidade; e d) o princípio da impessoalidade.

Os princípios acima mencionados, com exceção do princípio fundamental da República e o princípio da probidade, serão propriamente conceituados no item 1.4 deste capítulo, quando adentrarmos na modalidade de improbidade administrativa que trata de atos atentatórios aos princípios norteadores da Administração Pública.

⁸ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2017, p. 106.

⁹ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum. 2009, p. 147-175.

O princípio fundamental da República é, por sua vez, ainda segundo José Roberto Pimenta Oliveira¹⁰, definido como uma escolha do legislador constituinte de conferir à República o caráter de princípio fundamental, pois o Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição de 1988 foi constituído com base em um regime político republicano e, por isso, esta é a instituição mais importante de nosso sistema jurídico, razão pela qual foi elevada ao status de princípio fundamental.

Passando ao princípio da probidade, José Roberto Pimenta Oliveira¹¹ apresenta conceito similar ao exarado por Di Plácido e Silva, mencionado no início deste item, no qual aduz que a probidade compreende o dever de honestidade, lealdade, imparcialidade e fidelidade do agente público.

Temos, então, que os autores citados apresentam diferentes linhas de pensamento na formulação de um conceito de improbidade administrativa, todos abordando aspectos relevantes para a definição do instituto. Para a finalidade desta obra, adotamos a definição apresentada por Marçal Justen Filho, conjugada com o entendimento de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves¹² de que o ato de improbidade administrativa é, em primeiro momento, enquadrado na tipologia do artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa e, posteriormente, se presentes os elementos específicos, avança para alguma das demais modalidades trazidas pela Lei.

Compreendemos, então, que a improbidade administrativa consiste na ação ou omissão que viole qualquer dos princípios constitucionais que regem a atuação da Administração Pública.

1.3. Sujeitos Passivos e Ativos dos atos de improbidade administrativa.

Tendo uma melhor compreensão do que é improbidade administrativa, devemos apresentar quem pode praticar os atos ímprobos e quem sofre com a prática destes ilícitos.

¹⁰ Op. cit., p. 159

¹¹ Ibidem, p. 160

¹² Op. cit., p. 420

Começaremos apresentando quem pode ser vítima da prática de atos de improbidade. Estes sujeitos estão delimitados na segunda parte do *caput* do artigo 1º da Lei de Improbidade Administrativa e no parágrafo único do mesmo dispositivo, que possuem a seguinte redação:

Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, **contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual**, serão punidos na forma desta lei.

Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados **contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual**, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos. **(Grifos Nossos)**

Ao analisar o referido artigo, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves¹³ entendem que:

[...] somente serão considerados atos de improbidade, para os fins da Lei n. 8.429/1992, aqueles praticados em detrimento: a) da administração direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União dos Estados, dos Municípios ou do Distrito Federal; b) de empresa incorporada ao patrimônio público, o que, salvo melhor juízo, denota que esse ente deixou de ter individualidade própria e suas atividades foram absorvidas pelo ente incorporador, sendo este, não aquele, o verdadeiro sujeito passivo do ato, ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com *mais* de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual; c) do *patrimônio* de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com *menos* de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, ou que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público.

Ao aprofundar os estudos sobre os sujeitos passivos descritos no parágrafo único do artigo 1º da Lei de Improbidade Administrativa, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves¹⁴ complementam o entendimento anteriormente apresentado da seguinte maneira:

A partir da análise detalhada dos sujeitos passivos, conclui-se que aqueles descritos na alínea *c* somente permitirão o enquadramento da conduta do agente como ato de improbidade quando sua prática se der em detrimento do *patrimônio* das entidades ali referidas, o que exige a ocorrência de dano.

Tratando-se de atividade desenvolvida em caráter exclusivamente privado, com limitada inserção de recursos públicos, tem-se que a própria incidência do referencial de juridicidade é direcionada, primordialmente, à preservação do patrimônio público, não à transposição, para a iniciativa privada, de toda uma sistemática que não lhe diz respeito. Nesses casos, ainda que a conduta se enquadre na tipologia dos arts. 9º (enriquecimento ilícito) e 11 (violação aos

¹³ Op. cit., p. 297-298.

¹⁴ Ibidem., p. 298.

princípios administrativos) da Lei n. 8.429/1992, o agente não estará sujeito às penalidades previstas nesta lei em não tendo sido o ato praticado contra o patrimônio de tais entes. Acresça-se que, ocorrendo o dano, a reparação será limitada “à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos” (art. 1º, parágrafo único, *in fine*). Aqui, o sujeito passivo material do ato de improbidade é o ente do qual se originou o numerário, sendo irrelevantes os atos que não tenham causado dano a este ou que exorbitem – e na medida do excedente – a contribuição dos cofres públicos.

Conhecendo quem pode ser vítima de atos de improbidade administrativa, é hora de apresentarmos quem pode praticar tais atos.

Os sujeitos ativos estão previstos no artigo 1º, primeira parte, e no artigo 3º da Lei de Improbidade Administrativa, vejamos a redação de tais dispositivos:

Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não [...]

Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

A Lei 8.429/92 vai adiante e, em seu artigo 2º, delimita quem, para os fins desta lei, pode ser enquadrado como “agente público”, confira:

Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

Sobre a delimitação apresentada pelo artigo 2º, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves¹⁵ lecionam que:

[...] a concepção de agente público não foi construída sob uma perspectiva meramente funcional, sendo definido o sujeito ativo a partir da identificação do sujeito passivo dos atos de improbidade, havendo um nítido entrelaçamento entre as duas noções.

[...]

Assim, coexistem lado a lado, estando sujeitos às sanções previstas na Lei n. 8.429/1992, os agentes que exerçam atividade junto à administração direta ou indireta (perspectiva funcional) e aqueles que não possuam qualquer vínculo com o Poder Público, exercendo atividade eminentemente privada junto a entidades que, de qualquer modo, recebam numerário de origem pública (perspectiva patrimonial). Como se vê, trata-se de conceito muito mais amplo que o utilizado pelo art. 327 do CP.

Continuam os autores¹⁶, sustentando que:

Os elementos que compõem o art. 2º da Lei n. 8.429/1992 conferem grande amplitude conceitual à expressão agente público, se não vejamos:

¹⁵ Op. cit, p. 332.

¹⁶ Ibidem., p. 333

- a) lapso de exercício das atividades: irrelevante, podendo ser transitório ou duradouro;
- b) contraprestação pelas atividades: irrelevante, podendo ser gratuitas ou remuneradas;
- c) origem da relação: irrelevante, pois o preceito abrange todas as situações possíveis – eleição, nomeação, designação, contratação *ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo*;
- d) natureza da relação mantida com os entes elencados no art. 1º: mandato, cargo, emprego ou função.

Resta, apenas, fazer uma consideração acerca do artigo 2º da Lei de Improbidade Administrativa. A jurisprudência pátria, principalmente a do Colendo Supremo Tribunal Federal¹⁷, é firme ao reconhecer que a única exceção à regra submissão de agentes públicos à Lei 8.429/92 é o Presidente da República, por força do artigo 85, V, da Constituição Federal, confira:

Ementa: Direito Constitucional. Agravo Regimental em Petição. Sujeição dos Agentes Políticos a Duplo Regime Sancionatório em Matéria de Improbidade. Impossibilidade de Extensão do Foro por Prerrogativa de Função à Ação de Improbidade Administrativa. **1. Os agentes políticos, com exceção do Presidente da República, encontram-se sujeitos a um duplo regime sancionatório, de modo que se submetem tanto à responsabilização civil pelos atos de improbidade administrativa, quanto à responsabilização político-administrativa por crimes de responsabilidade. Não há qualquer impedimento à concorrência de esferas de responsabilização distintas, de modo que carece de fundamento constitucional a tentativa de imunizar os agentes políticos das sanções da ação de improbidade administrativa, a pretexto de que estas seriam absorvidas pelo crime de responsabilidade. A única exceção ao duplo regime sancionatório em matéria de improbidade se refere aos atos praticados pelo Presidente da República, conforme previsão do art. 85, V, da Constituição.** 2. O foro especial por prerrogativa de função previsto na Constituição Federal em relação às infrações penais comuns não é extensível às ações de improbidade administrativa, de natureza civil. Em primeiro lugar, o foro privilegiado é destinado a abarcar apenas as infrações penais. A suposta gravidade das sanções previstas no art. 37, § 4º, da Constituição, não reveste a ação de improbidade administrativa de natureza penal. Em segundo lugar, o foro privilegiado submete-se a regime de direito estrito, já que representa exceção aos princípios estruturantes da igualdade e da república. Não comporta, portanto, ampliação a hipóteses não expressamente previstas no texto constitucional. E isso especialmente porque, na hipótese, não há lacuna constitucional, mas legítima opção do poder constituinte originário em não instituir foro privilegiado para o processo e julgamento de agentes políticos pela prática de atos de improbidade na esfera civil. Por fim, a fixação de competência para julgar a ação de improbidade no 1º grau de jurisdição, além de constituir fórmula mais republicana, é atenta às capacidades institucionais dos diferentes graus de jurisdição para a realização da instrução processual, de modo a promover maior eficiência no combate à corrupção e na proteção à moralidade administrativa. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. **(Grifos Nossos)**

¹⁷ Pet 3240 AgR / DF - DISTRITO FEDERAL - AG.REG. NA PETIÇÃO - Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI - Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO - Julgamento: 10/05/2018 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Há, ainda, uma peculiaridade que deve ser apresentada. Para que seja reconhecida a prática de ato de improbidade administrativa deve estar demonstrado o nexo causal entre a conduta tida como ilícita e o exercício das funções do agente, conforme delimitado em sede do julgamento do REsp n. 1.406.267/RN, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 8/10/2013 e publicado no DJe em 24/10/2013, sendo de extrema relevância para o presente trabalho a seguinte parte do voto proferido:

Destaca-se, ademais, que o próprio Tribunal de origem asseverou que a subtração do Cartão de Abastecimento da CAERN, pelo recorrido, não teve qualquer liame com as atribuições exercidas pelo Empregado junto à Administração Pública, conforme atesta o seguinte trecho do Voto do Relator:

[...]

Entendimento contrário implicaria condenar, indiscriminadamente, por Ato de Improbidade, todo Agente Público que cometesse qualquer ilícito penal, pela simples condição de possuir vínculo com a Administração Pública, desvirtuando-se, dessa maneira, a utilização da referida Ação Civil Pública de sua finalidade precípua de combater condutas violadoras da moralidade administrativa e da coisa pública.

Para finalizar este item, devemos analisar a participação de terceiros na prática de atos de improbidade administrativa, na forma do artigo 3º.

O dispositivo é claro ao rezar que aqueles que, mesmo que não sejam agentes públicos, induzam, concorram ou se beneficiem do ato de improbidade, de forma direta ou indireta, estão sujeitos às disposições da Lei 8.429/92.

É importante ressaltar, porém, que para um terceiro, na forma do art. 3º da Lei de Improbidade Administrativa, responder pela prática de ato de improbidade administrativa é imprescindível a presença de um agente público no polo passivo da demanda, conforme consolidada jurisprudência da Corte Superior¹⁸.

Todavia, um agente público pode responder pela prática de ato de improbidade sem a presença de eventual terceiro no polo passivo, conforme pacífica jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça¹⁹:

Ementa

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. DANO AO ERÁRIO. EMPRESA BENEFICIADA. AUSÊNCIA DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO.

¹⁸ REsp 1405748 / RJ, Rel. Ministra Marga Tessler, Primeira Turma, DJe 17/08/2015.

¹⁹ REsp 896044 / PA, Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 19/04/2011

1. Cuidam os autos de Ação Civil Pública fundada em improbidade administrativa decorrente de pagamentos indevidos, supostamente respaldados em contratos fraudulentos e sem ter havido efetiva contraprestação, feitos com verba da Fundação Nacional de Saúde no Pará às empresas Timbira Serviços Gerais Ltda. e Timbira Serviços de Vigilância, em 1998.
2. A ação foi proposta contra Roberto Jorge Maia Jacob, então Coordenador-Geral da fundação, por autorizar a despesa; Noélia Maria Maues Dias Nascimento, servidora que efetivou os pagamentos por meio de ordens bancárias, a despeito da ciência da irregularidade; e Carlos Gean Ferreira de Queiroga, gerente responsável pelas empresas beneficiadas.
3. O Juízo de 1º grau reconheceu a ocorrência de improbidade diante da comprovação de pagamentos irregulares e posterior celebração de contratos com data retroativa, tendo julgado o pedido parcialmente procedente por constatar que alguns serviços foram prestados. Os réus foram condenados a ressarcir, solidariamente, o montante de R\$ 39.658,62 (trinta e nove mil, seiscentos e cinquenta e oito reais e sessenta e dois centavos), além das sanções de suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa e proibição temporária de contratar com o Poder Público.
4. As apelações foram julgadas prejudicadas pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que, de ofício, declarou nula a sentença e determinou o retorno dos autos para citação das empresas e de seus representantes legais.
5. **Nas Ações de Improbidade, inexistente litisconsórcio necessário entre o agente público e os terceiros beneficiados com o ato ímprobo, por não estarem presentes nenhuma das hipóteses previstas no art. 47 do CPC (disposição legal ou relação jurídica unitária). Precedentes do STJ.**
6. **É certo que os terceiros que participem ou se beneficiem de improbidade administrativa estão sujeitos aos ditames da Lei 8.429/1992, nos termos do seu art. 3º, porém não há imposição legal de formação de litisconsórcio passivo necessário.**
7. **A conduta dos agentes públicos, que constitui o foco da LIA, pauta-se especificamente pelos seus deveres funcionais e independe da responsabilização da empresa que se beneficiou com a improbidade.**
8. **Convém registrar que a recíproca não é verdadeira, tendo em vista que os particulares não podem ser responsabilizados com base na LIA sem que figure no pólo passivo um agente público responsável pelo ato questionado, o que não impede, contudo, o eventual ajuizamento de Ação Civil Pública comum para obter o ressarcimento do Erário. Precedente do STJ.**
9. Na hipótese, o Juízo de 1º grau condenou os agentes públicos responsáveis pelas irregularidades e também o particular que representava as empresas beneficiadas com pagamentos indevidos, mostrando-se equivocada a anulação da sentença por ausência de inclusão, no pólo passivo, da pessoa jurídica beneficiada.
10. Recurso Especial provido. **(Grifos Nossos)**

1.4. Aspectos gerais das modalidades de Improbidade Administrativa.

A Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92), em seu Capítulo II, apresenta as modalidades de improbidade administrativas, subdividindo-as em quatro seções, são elas: a) atos que importam em enriquecimento ilícito (Seção I); b) atos que causam prejuízo ao Erário (Seção II); c) atos decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário (Seção II-A); d) atos que atentam contra os princípios da Administração Pública (Seção III).

Conhecendo, então, quais são as modalidades de improbidade administrativa apresentadas pelo diploma legal, devemos fazer uma breve análise sobre cada uma delas.

Aproveitaremos, antes disso, a oportunidade para apresentar relevante julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça²⁰, de relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki, no qual a Corte Superior delimitou, com maestria, o elemento subjetivo necessário à configuração de cada tipo legal de improbidade administrativa, confira:

Ementa

AÇÃO DE IMPROBIDADE ORIGINÁRIA CONTRA MEMBROS DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO. LEI 8.429/92. LEGITIMIDADE DO REGIME SANCIONATÓRIO. EDIÇÃO DE PORTARIA COM CONTEÚDO CORRECCIONAL NÃO PREVISTO NA LEGISLAÇÃO. AUSÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO DA CONDUTA. INEXISTÊNCIA DE IMPROBIDADE.

1. A jurisprudência firmada pela Corte Especial do STJ é no sentido de que, excetuada a hipótese de atos de improbidade praticados pelo Presidente da República (art. 85, V), cujo julgamento se dá em regime especial pelo Senado Federal (art. 86), não há norma constitucional alguma que imunize os agentes políticos, sujeitos a crime de responsabilidade, de qualquer das sanções por ato de improbidade previstas no art. 37, § 4.º. Seria incompatível com a Constituição eventual preceito normativo infraconstitucional que impusesse imunidade dessa natureza (Rcl 2.790/SC, DJe de 04/03/2010).

2. Não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos evitada de culpa grave, nas do artigo 10.

3. No caso, aos demandados são imputadas condutas capituladas no art. 11 da Lei 8.429/92 por terem, no exercício da Presidência de Tribunal Regional do Trabalho, editado Portarias afastando temporariamente juizes de primeiro grau do exercício de suas funções, para que proferissem sentenças em processos pendentes. Embora enfatize a ilegalidade dessas Portarias, a petição inicial não

²⁰ AIA 30 / AM - AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA 2010/0157996-6 - Relator(a) Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI (1124) - Órgão Julgador CE - CORTE ESPECIAL - Data do Julgamento 21/09/2011 - Data da Publicação/Fonte DJe 28/09/2011 RSTJ vol. 224 p. 19

descreve nem demonstra a existência de qualquer circunstância indicativa de conduta dolosa ou mesmo culposa dos demandados.

4. Ação de improbidade rejeitada (art. 17, § 8º, da Lei 8.429/92). **(Grifos Nossos)**

Cabe apresentar, também com fundamento em pacífica jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça²¹, que o dolo apto a ensejar em condenação pela prática de ato de improbidade administrativa não é o dolo específico e, sim, o dolo genérico.

O dolo genérico é definido, por sua vez, também com base em consolidada jurisprudência da Colenda Corte Superior²², como:

[...] a simples vontade consciente de aderir à conduta, produzindo os resultados vedados pela norma jurídica – ou, ainda, a simples anuência aos resultados contrários ao Direito quando o agente público ou privado deveria saber que a conduta praticada a eles levaria –, sendo despidendo perquirir acerca de finalidades específicas. (AgRg no REsp 1.539.929/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 2/8/2016).

Começamos a análise, então, pelos atos previstos sob a Seção I do Capítulo II da Lei de Improbidade Administrativa, ou seja, os atos que importam em enriquecimento ilícito, que, segundo o *caput* do art. 9º da Lei de Improbidade Administrativa, são constituídos por “auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei”. Complementando a informação apresentada pelo diploma legal, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves²³, nos ensinam que, em se tratando de atos de improbidade que importam em enriquecimento ilícito, “o enriquecimento será sempre fruto de uma ilicitude, já que ao agente público, no exercício de suas funções, somente é permitido auferir as vantagens previstas em lei”.

Ao analisar os atos previstos neste tipo legal, José Roberto Pimenta Oliveira²⁴ os define como “atos contrários à probidade administrativa, sob o viés valorativo da condição de retidão e honestidade que se exige do agente que atua em nome do Estado. É o plano legal de repressão à corrupção [...]”.

²¹ AgInt no AREsp 261251, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 15/05/2019 (para a modalidade prevista no artigo 9º); REsp 1771593 / SE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 23/05/2019 (para a modalidade prevista no artigo 10); e AgInt no AREsp 1366330, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 23/05/2019 (para a modalidade prevista no artigo 11).

²² AgInt no AREsp 1366330, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 23/05/2019

²³ Op. cit., p. 379

²⁴ Op. cit., p. 182

O mencionado dispositivo apresenta em seus incisos, ainda que em caráter de rol exemplificativo, diversas hipóteses que caracterizam ato de improbidade que importa em enriquecimento ilícito, são elas: a) “receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público”; b) “perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado”; c) “perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado”; d) “utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades”; e) “receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem”; f) “receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei”; g) “adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público”; h) “aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade”; i) “perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza”; j) “receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado”; k) “incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei”; l) “usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei”.

Corroborando com o precedente do Colendo Superior Tribunal de Justiça acerca do elemento subjetivo necessário para que certa conduta se enquadre nos tipos de improbidade administrativa elencados na Lei de Improbidade Administrativa, apresentaremos trecho do magistério de Calil Simão²⁵, confira:

[...] Embora o tipo legal não estabeleça o elemento subjetivo do agente na prática de ato de improbidade administrativa que importe em enriquecimento ilícito, a conclusão decorre dos demais elementos do tipo.

O agente público, quando recebe uma vantagem indevida, o faz sabendo da ilicitude de sua conduta, bem como da impossibilidade de tal fato ocorrer no âmbito da Administração Pública.

É impossível, assim, que o agente público se enriqueça ilicitamente por imprudência, negligência ou imperícia. Esse estado anêmico não se compatibiliza com o tipo legal do art. 9º da LIA, *caput* e incisos.

O propósito do direito punitivo, no tocante ao enriquecimento ilícito, é punir apenas aquele que intencionalmente se vale da sua qualidade de agente público para angariar vantagens econômicas e se enriquecer indevidamente.

Tendo realizado uma breve análise sobre a modalidade de improbidade administrativa contida no artigo 9º da Lei de Improbidade Administrativa, passemos, então, àquela prevista no artigo 10, inscrito sob a Seção II – “Dos Atos de Improbidade Administrativa que Causam Prejuízo ao Erário” do Capítulo II da Lei n. 8.429/92.

A definição desta modalidade de improbidade administrativa se encontra no *caput* do artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa, cujo *caput* possui a seguinte redação:

Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

Este tipo legal, na mesma esteira do artigo 9º, apresenta em seu *caput* hipótese geral de caracterização de ato de improbidade administrativa, e, em seus incisos, formulando rol exemplificativo, hipóteses específicas que, por si só, caracterizam ato de improbidade administrativa que acarretam dano ao Erário.

São estas as hipóteses trazidas em rol exemplificativo: a) “facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei”; b) “permitir ou concorrer para que pessoa

²⁵ SIMÃO, Calil. Improbidade administrativa: teoria e prática. 2. ed. Leme: Jhmizuno, 2014. p. 236.

física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie”; c) “doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistências, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie”; d) “permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado”; e) “permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado”; f) “realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea”; g) “conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie”; h) “frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente”; i) “ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento”; j) “agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público”; k) “liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular”; l) “permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente”; m) “permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades”; n) “celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei”; o) “celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei”; p) “facilitar ou concorrer, por qualquer forma, para a incorporação, ao patrimônio particular de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidades privadas mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie”; q) “permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidade privada mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades

legais ou regulamentares aplicáveis à espécie”; r) “celebrar parcerias da administração pública com entidades privadas sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie”; s) “agir negligentemente na celebração, fiscalização e análise das prestações de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas”; t) “liberar recursos de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular”; u) “liberar recursos de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular”.

Diante do texto deste tipo legal podemos notar uma patente diferença em relação aos demais dispositivos que tratam de atos de improbidade administrativa: a escolha clara do legislador de enquadrar atos, comissivos ou omissivos, culposos, e não só os dolosos, como atos de improbidade administrativa.

A jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça é firme, contudo, no sentido de que apenas os atos eivados de culpa grave são aptos a ensejar condenação por ato de improbidade administrativa que causa dano ao Erário²⁶. A não caracterização de ato de improbidade, por não restar comprovada atuação com, no mínimo, culpa grave, não afasta a necessidade de ressarcimento integral do dano, em casos em que a ação ou omissão se deu de forma culposa (compreendendo qualquer grau de culpa), eis que o ressarcimento do dano encontra fundamento no art. 37, §§ 4 e 5º, da Constituição Federal²⁷ e art. 5º da Lei de Improbidade Administrativa²⁸.

Em se tratando de agentes políticos, em especial aqueles que possuem poder de discricionariedade, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves²⁹ divergem do posicionamento da Colenda Corte Superior, entendendo que:

[...] não raras vezes, a implementação de políticas públicas, por maior que seja o zelo e a dedicação do agente, não permite a formulação de um juízo de certeza quanto aos resultados pretendidos. Em casos tais, não haverá que se

²⁶ Conforme pode se depreender do precedente juntado no início deste item.

²⁷ § 4º 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.

§ 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

²⁸ Art. 5º Ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano.

²⁹ Op. cit., p. 397

falar em improbidade se fatores externos concorreram para a causação de dano ao erário, ou mesmo se a ocorrência deste transcendeu a esfera de previsibilidade do agente, o qual, apesar de ter valorado adequadamente todas as circunstâncias presentes por ocasião da prática do ato, não pode evitar o resultado danoso. Inexistindo dolo ou culpa, não haverá o que se falar na incidência do art. 10 da Lei de Improbidade.

Por outro lado, agindo com dolo ou culpa (leve, grave, gravíssima), sofrerá o agente político as sanções cominadas, não havendo previsão legal de um salvo-conduto para que possa dilapidar o patrimônio público com a prática de atos irresponsáveis e completamente dissociados da redobrada cautela que deve estar presente entre todos aqueles que administram o patrimônio alheio.

Como bem apresentado por Motauri Ciocchetti de Souza³⁰, para que seja aplicável o art. 10 a existência de lesão patrimonial à alguma das entidades previstas no art. 1º da Lei de Improbidade Administrativa é elemento imprescindível, sendo certo que se a lesão suportada por alguma destas entidades for de ordem moral, apenas, o ato enquadrar-se-á no art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa.

Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves³¹ fazem relevante análise sobre a noção de dano, que não está vinculada, de forma absoluta, à demonstração de diminuição patrimonial, vejamos:

É importante frisar que a noção de dano não se encontra adstrita à necessidade de demonstração da diminuição patrimonial, sendo inúmeras as hipóteses de lesividade presumida previstas na legislação. Como consequência da infração às normas vigentes, ter-se-á a nulidade do ato, o qual será insuscetível de produzir efeitos jurídicos válidos. Tem-se, assim, que qualquer diminuição do patrimônio público advinda de ato inválido será ilícita, pois *quod nullum est, nullum producit effectum*, colimando em caracterizar o dano e o dever de ressarcir.

Como exemplo de hipótese na qual o dano ao erário é presumido (*in re ipsa*) temos, com base em pacífica Jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça, a não observância, ou frustração, do regular procedimento licitatório, uma vez que, nestes casos, é retirada da Administração Pública a possibilidade de contratar a proposta mais vantajosa, observe:

ROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. FRAUDE À LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE MERENDA ESCOLAR. IRMÃO DO PREFEITO MUNICIPAL. VÍCIO DE FUNDAMENTAÇÃO. INEXISTÊNCIA. OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE

³⁰ Op. cit., p. 159

³¹ Op. cit., p. 402

DECLARAÇÃO PROTETATÓRIOS. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. CARACTERIZAÇÃO DO DANO E PRESENÇA DO ELEMENTO SUBJETIVO. REFORMA DAS CONCLUSÕES DO ARESTO RECORRIDO. REVOLVIMENTO DE PROVAS. DANO IN RE IPSA. DOSIMETRIA DA PENA. DESCABIMENTO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Não há ofensa ao art. 535 do CPC/1973 quando a Corte de origem decide integralmente a controvérsia com base em fundamentação clara e adequada.
2. No caso, o aresto recorrido explicitou que a dispensa indevida do procedimento licitatório, por meio da contratação ilegal de sociedade empresária vinculada ao irmão do gestor municipal para o fornecimento de merenda escolar, por si só, caracteriza o ato de improbidade administrativa tipificado no art. 10 da Lei n. 8.429/1992, inexistindo a suscitada contradição.
3. Tendo havido o reconhecimento do caráter protelatório dos segundos embargos de declaração opostos na origem, a reforma das conclusões do acórdão combatido encontra óbice na Súmula 7/STJ. Precedentes.
4. Da mesma forma, não é possível reavaliar as provas da demanda para afastar o elemento subjetivo da conduta, bem como a existência do dano à administração pública, consoante o impeditivo da Súmula 7/STJ.
5. **Ademais, de acordo com a jurisprudência do STJ, o prejuízo decorrente da não observância do regular processo licitatório constitui dano *in re ipsa*, uma vez que se retira a oportunidade de a administração contratar a melhor proposta.**
6. Não sendo o caso de flagrante desproporcionalidade, a pretensão de revisar a dosimetria das sanções aplicadas na instância ordinária é vedada no âmbito do apelo especial, aplicando-se o óbice da Súmula 7/STJ.
7. Agravo interno a que se nega provimento. **(Grifos Nossos)**

Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves³² nos apresentam outro ponto relevante em relação a este dispositivo, qual seja: existem situações nas quais o agente público, ao lesar o erário, acaba por importar em enriquecimento ilícito de terceiros, nestes casos é que se demonstra relevante a sanção de “perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio”, prevista no art. 12, II. Ainda segundo os mesmos autores, se for o agente público que enriquecer ilicitamente, estaremos diante de uma hipótese de deslocamento da tipificação para aquela prevista no art. 9º da Lei de Improbidade Administrativa.

Resta, em relação a este tema, analisar o que a Lei de Improbidade Administrativa considera como Erário para que se configure o ato de improbidade que acarrete em prejuízo ao Erário.

³² Op. cit., p. 402

É consenso na doutrina que erário e patrimônio público, apesar de possuírem significado próximo, não são sinônimos. Nesta senda, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves³³ conceituam erário e patrimônio público da seguinte forma:

[...] Entende-se por erário o conjunto de bens e interesses de natureza econômico-financeira pertencentes ao Poder Público (*rectius*: União, Estados, Distrito Federal, Municípios, entidades da administração indireta e demais destinatários do dinheiro público previstos no art. 1º da Lei n. 8.429/1992).

Patrimônio público, por sua vez, é o conjunto de bens e interesses de natureza moral, econômica, estética, artística, histórica, ambiental e turística pertencentes ao Poder Público, conceito este extraído do art. 1º da Lei n. 4.717/1965 e da dogmática contemporânea, que identifica a existência de um patrimônio moral do Poder Público [...]

Nesta senda, a interpretação de erário conferida ao artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa pode ser resumida naquela apresentada por Calil Simão³⁴, confira:

O art. 10 da LIA, desse modo, não tutela o patrimônio artístico, estético, histórico ou turístico, muito embora estejam abrangidos pelo conceito legal de patrimônio público. Daí o emprego do vocábulo *erário* para definir os bens e direitos de natureza econômica, incluído o crédito fiscal.

Em suma, erário é a expressão mais restrita que patrimônio público, que engloba, além dos valores econômicos, valores de natureza não econômica. Para fins de aplicação do art. 10 é necessária a presença de lesão patrimonial, entendida como diminuição econômica do patrimônio público.

Finalizada a análise do ato ímprobo tipificado no artigo 10, passemos, então, àquele tipificado no artigo 10-A

Esta modalidade de ato de improbidade administrativa foi inserida na Lei 8.429/92 em 2016, por meio da Lei Complementar nº 157/16 e, por sua compreensão não ser de dificuldade exacerbada, não discorreremos de forma extensiva sobre o tema.

O tipo legal é apresentado com a seguinte redação:

Art. 10-A. Constitui ato de improbidade administrativa qualquer ação ou omissão para conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõem o caput e o § 1º do art. 8º-A da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003

³³ Op. cit., p.403

³⁴ Op. cit., p. 278-279

Portanto, que para sabermos em que consiste, ao certo, este ato ímprobo, devemos buscar o disposto no *caput* e no § 1º do art. 8º-A da LC n. 116/2003, que são assim redigidos:

Art. 8º-A. A alíquota mínima do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza é de 2% (dois por cento).

§ 1º O imposto não será objeto de concessão de isenções, incentivos ou benefícios tributários ou financeiros, inclusive de redução de base de cálculo ou de crédito presumido ou outorgado, ou sob qualquer outra forma que resulte, direta ou indiretamente, em carga tributária menor que a decorrente da aplicação da alíquota mínima estabelecida no *caput*, exceto para os serviços a que se referem os subitens 7.02, 7.05 e 16.01 da lista anexa a esta Lei Complementar

Assim sendo, compreende ato de improbidade administrativa previsto sob a égide do disposto no artigo 10-A da Lei de Improbidade Administrativa qualquer ação ou omissão, dolosa (pois vimos que apenas os atos que acarretem dano ao erário podem ser punidos sob o elemento subjetivo da culpa, por expressa previsão do legislador), que conceda, aplique ou mantenha benefício financeiro ou tributário de maneira diversa da explicitada no artigo 8º-A, *caput* e § 1º da LC n. 116/2003.

Segundo Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves³⁵, tal modalidade de improbidade administrativa é uma nova modalidade de improbidade que gera dano ao erário, tendo, porém, penalidades mais brandas, contudo, se o agente praticar o ato previsto neste tipo legal com o elemento subjetivo da culpa, estará sujeito ao enquadramento do ato sob a ótica do art. 10.

Ainda segundo Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves³⁶, com a inserção deste dispositivo no texto legal um questionamento a acompanhou: se a conduta tipificada importar em dano ao erário ou enriquecimento ilícito o deslocamento do enquadramento é medida que se impõe?

Respondendo à pergunta, os referidos autores consideram que:

Com os olhos voltados ao art. 10-A, é fácil perceber que toda e qualquer conduta que venha a ser enquadrada nesta norma causará dano ao patrimônio público, sendo igualmente alcançada pela tipologia do art. 10. Assim ocorre porque as condutas de conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou

³⁵ Op. cit., p. 411

³⁶ Ibidem, p. 410-411

tributário à margem da lei acarretarão, necessariamente, ou na saída de recursos públicos ou a diminuição de ingresso nos cofres públicos, neste caso em razão da redução do crédito tributário. Aliás, basta lançarmos os olhos sobre três incisos do art. 10 para constatarmos que a própria existência do 10-A seria dispensável: o inciso VII dispõe sobre a concessão de “*benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie*”; o inciso X alcança o “*agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público*”; e o inciso XII faz menção às condutas de “*permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente*”. É importante ressaltar, em relação a este último inciso, que o enriquecimento ilícito do contribuinte, efeito igualmente necessário da concessão irregular do benefício financeiro ou tributário, não acarreta o deslocamento da tipologia para o art. 9º, já que, ressalvadas as exceções ali expressas (*rectius*: incisos I e VII), o enriquecimento há de ser sempre do agente público, não do terceiro.

Por fim, retornando às modalidades originais de atos de improbidade administrativa, temos aqueles previstos sob a Seção III – “Dos Atos de Improbidade Administrativa que Atentam Contra os Princípios da Administração Pública”, do Capítulo II da Lei de Improbidade Administrativa.

Tais atos encontram tipificação no artigo 11, cujo *caput* possui a seguinte redação:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

Da mesma maneira que as modalidades previstas nos artigos 9º e 10, o artigo 11 apresenta, em seus incisos, hipóteses nas quais resta configurada a prática de ato de improbidade qualquer ação ou omissão que: a) “praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência”; b) “retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício”; c) “revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo”; d) “negar publicidade aos atos oficiais”; e) “frustrar a licitude de concurso público”; f) “deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo”; g) “revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço”; h) “descumprir as

normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas”; i) “deixar de cumprir a exigência de requisitos de acessibilidade previstos na legislação”; j) “transferir recurso a entidade privada, em razão da prestação de serviços na área de saúde sem a prévia celebração de contrato, convênio ou instrumento congênere, nos termos do parágrafo único do art. 24 da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990”.

Apesar dos atos de improbidade não serem fatos típicos penais, existem doutrinadores que sustentam a inconstitucionalidade no artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa por ser o tipo legal muito abrangente. Isto, todavia, na análise de José Roberto Pimenta Oliveira³⁷, não é correto, pois a própria Constituição Federal aborda a improbidade administrativa em caráter indeterminado, e, neste giro, “[...] a indeterminação da regra legal punitiva acompanha a indeterminação da regra constitucional sancionatória [...]”.

Quanto ao elemento subjetivo desta modalidade de atos de improbidade administrativa temos que, por força de pacífica jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça apresentada no início deste item, é necessária a presença do dolo para que se possa enquadrar o ato como um ato ímprobo, que, como também apresentado anteriormente, pode ser caracterizado simplesmente pelo dolo genérico.

Diante do texto legal há uma dúvida aparente: quais são os princípios norteadores da Administração Pública que, se violados, de forma dolosa, podem importar no reconhecimento da prática de ato de improbidade administrativa?

Bem, para responder a esta questão buscaremos respaldo no magistério de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves³⁸, vejamos:

A leitura do *caput* do dispositivo denota claramente que a improbidade poderá estar consubstanciada com a violação aos princípios da legalidade e da imparcialidade (*rectius: impessoalidade*), o mesmo ocorrendo com a inobservância dos valores de honestidade e lealdade às instituições, derivações diretas do princípio da moralidade. A moralidade, por sua vez, concentra o sumo de todos os valores extraídos dos princípios regentes da atividade estatal, o que permite dizer que a tipologia constante do art. 11 da Lei n. 8.429/1992 a todos alcança, ainda que advenham de princípios implícitos no sistema. Evidentemente, o rol de princípios constante do art. 11 é meramente

³⁷ Op. cit., p. 263-267

³⁸ Op. cit., p. 418-419

exemplificativo, pois não seria dado ao legislador infraconstitucional restringir ou suprimir aqueles previstos na Constituição.

Nesta seara, se o art. 11 engloba todos os princípios norteadores da Administração Pública, devemos apresentar quais são estes princípios. Os princípios expressos encontram previsão, em primeiro plano, no artigo 37, *caput* da Constituição da República³⁹, e são reproduzidos no art. 4º da Lei de Improbidade Administrativa⁴⁰.

Antes de adentrarmos na análise individual dos princípios norteadores da Administração Pública devemos dizer que, entre os doutrinadores, há um certo consenso em relação aos princípios expressos na Constituição Federal, porém, não há consenso sobre os princípios implícitos, uma vez que cada autor, ou autora, apresenta como princípio implícito aquele que entendem existir dentro do âmbito constitucional.

No magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello⁴¹ os princípios norteadores da Administração Pública são: a) princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado; b) princípio da legalidade; c) princípio da finalidade; d) princípio da razoabilidade; e) princípio da proporcionalidade; f) princípio da motivação; g) princípio da impessoalidade; h) princípio da publicidade; i) princípios do devido processo legal e da ampla defesa; j) princípio da moralidade administrativa; k) princípio do controle judicial dos atos administrativos; l) princípio da boa administração; e m) princípio da segurança jurídica.

Já, Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴² entende que são princípios norteadores da Administração pública o: a) princípio da legalidade; b) princípio da supremacia do interesse público; c) princípio da impessoalidade; d) princípio da presunção de legitimidade ou de veracidade; e) princípio da especialidade; f) princípio do controle ou tutela; g) princípio da autotutela; h) princípio da hierarquia; i) princípio da continuidade do serviço público; j) princípio da publicidade; k) princípio da moralidade administrativa;

³⁹ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

⁴⁰ Art. 4º Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos.

⁴¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2019, p. 98-133.

⁴² Op. cit. . 90-113

l) princípio da razoabilidade e proporcionalidade; m) princípio da motivação; n) princípio da eficiência; e o) princípio da segurança jurídica, proteção à confiança e boa-fé.

José dos Santos Carvalho Filho⁴³, por sua vez, leciona que são princípios expressos o: a) princípio da legalidade; b) princípio da impessoalidade; c) princípio da moralidade; d) princípio da publicidade; e) princípio da publicidade; e f) princípio da eficiência. No mais, entende que são princípios implícitos na Constituição Federal o: a) princípio da supremacia do interesse público; b) princípio da autotutela; c) princípio da indisponibilidade; d) princípio da continuidade dos serviços públicos; e) princípio da segurança jurídica (proteção à confiança); f) princípio da precaução, g) princípio da razoabilidade; h) princípio da proporcionalidade.

Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco⁴⁴ reconhecem, apenas, os seguintes princípios como sendo os norteadores da Administração Pública: a) princípio da legalidade; b) princípio da reserva legal; c) princípio da segurança jurídica; d) princípio da impessoalidade; e) princípio da moralidade; f) princípio da publicidade; e g) princípio da eficiência.

Alexandre de Moares⁴⁵ compreende a existência de menos princípios constitucionais regentes da Administração Pública, são eles: a) princípio da legalidade; b) princípio da impessoalidade; c) princípio da moralidade; d) princípio da publicidade; e e) princípio da eficiência.

Neste giro, diante da multiplicidade e diversidade, até certo ponto, de princípios apresentados por cada doutrinador, analisaremos, apenas, aqueles que são explícitos na Constituição Federal, pois é em relação a estes que existe consenso doutrinário. São eles, conforme retirados do *caput* e incisos do art. 37 da Constituição Federal: a) princípio da legalidade; b) princípio da impessoalidade; c) princípio da moralidade; d) princípio da publicidade; e e) princípio da eficiência.

⁴³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.19- 44

⁴⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018, p. 886-903

⁴⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 348-359

Motauri Ciocetti de Souza⁴⁶ faz, análise na qual apresenta, de forma didática e condensada, o conceito, de modo quase resumido da interpretação dada por diversos outros autores, de cada princípio expresso da Constituição e, por isso, utilizaremos sua obra para apresentar a definição de cada princípio.

Iniciaremos conceituando o princípio da legalidade, ou, como conhecido por alguns autores, princípio da estrita legalidade. Motauri Ciocetti de Souza o define da seguinte maneira:

[...] vige em sede de administração pública o princípio de que ao gesto somente é possível fazer o que a lei expressamente autoriza, não sendo lícita a atuação que dela se afaste, ainda que inexistente norma jurídica de conteúdo proibitivo.

Já, o princípio da impessoalidade é definido por Motauri como:

[...] o dever de isenção do agente público, que, enquanto representante da administração – em nome de quem se manifesta -, não pode agir influenciado por sentimentos pessoais em relação aos administrados.

Ressaltamos que, com base no princípio da impessoalidade, a atuação do agente público não pode ter como objetivo favorecer ou, tampouco, prejudicar um grupo determinado de atingidos pelo ato, com a intenção específica de favorecimento ou desfavorecimento destes últimos.

O princípio da moralidade é definido, ainda por Motauri, como a:

[...] lisura no trato das coisas do Estado, com o escopo de inibir que a Administração se conduza perante o administrado com astúcia ou malícia, buscando alcançar finalidades diversas do bem comum, ainda que sob a égide de autorização legislativa.

O autor complementa esta definição dizendo que:

Destarte, o princípio da moralidade impõe ao administrador público não apenas o dever de agir dentro dos limites traçados pela legislação, como também o de fazê-lo sempre de boa-fé, afastado o intuito de ludibriar ou induzir em erro o administrado.

Neste ponto, devemos salientar que, conforme apresentado em itens anteriores, a probidade administrativa, por mais que similar em definição da moralidade administrativa, é mais ampla.

⁴⁶ Op. cit., p. 129-132

Passemos, então, ao princípio da publicidade, que, ainda segundo Motauri, implica que:

Os atos praticados pelo administrador público devem revestir-se de transparência, de modo que a sociedade possa saber como estão sendo geridos seus interesses comuns.

Temos, porém, casos em que é clara uma certa mitigação do princípio da publicidade, como, por exemplo, o sigilo, até certo ponto, de alguns atos nos procedimentos de licitação. Isto, no entanto, tem como objetivo garantir a maior competitividade do procedimento e culminar em um resultado mais vantajoso à Administração, sendo certo que, em algum momento, a publicidade dos atos volta a ser garantida.

Por fim, temos o princípio da eficiência, que, segundo Motauri, citando Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, tem a seguinte definição:

[...] o princípio “tem partes como as normas da ‘boa administração’, indicando que a Administração Pública, em todos os seus setores, deve concretizar atividade administrativa predisposta à extração do maior número possível de efeitos positivos ao administrado. Deve sopesar relação de custo-benefício, buscar a otimização de recursos, em suma, tem por obrigação dotar da maior eficácia possível todas as ações do Estado.”

Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves⁴⁷ entendem que deve ser observado, ainda, a violação ao princípio da juridicidade para que seja caracterizado o ato de improbidade administrativa. Esses autores⁴⁸ definem a juridicidade como o dever de observância da norma, sendo certo que a atuação do agente público é sempre pautada por um dever imediato de observância da norma e um, ou mais, deveres mediatos que podem variar dependendo da situação.

Por fim, para caracterização do ato de improbidade administrativa que atente contra princípios da Administração Pública, é prescindível a existência de dano ao erário ou enriquecimento ilícito do agente, conforme pacífica jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça⁴⁹

Para finalizarmos este subitem, é importante ressaltar que o objetivo da Lei 8.429/92 é punir os agentes públicos, e terceiros, na forma do art. 3º, que agirem com

⁴⁷ Op. cit., p. 422

⁴⁸ Op. cit., p. 422

⁴⁹ AgRg no AREsp 262290 / SP, Rel. Ministro Olindo Menezes, Primeira Turma, DJe 05/02/2016

dolo, ou no mínimo culpa na hipótese do art. 10, e não aqueles que cometem mera irregularidade, sem a presença de má-fé ou desonestidade, conforme pacífica jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça⁵⁰.

1.5. Sanções dos atos de Improbidade Administrativa.

As sanções aplicáveis àqueles condenados pela prática de atos de improbidade administrativa encontram previsão legal, inicialmente, no § 4º, do artigo 37 da Carta Magna, que é assim redigido:

§ 4º 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.

Já, na Lei de Improbidade Administrativa as penalidades encontram previsão nos incisos do artigo 12, sendo o inciso I aplicável aos atos que importem em enriquecimento ilícito do agente, o inciso II aplicável aos atos que causem dano ao erário, o inciso III aplicável aos atos atentatórios contra os princípios norteadores da Administração Pública, e o inciso IV aplicável aos atos de concessão, manutenção ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário, sendo esta a redação do mencionado dispositivo:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e 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, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por

⁵⁰ AgInt no AREsp 838141, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 03/12/2018.

intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e 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, pelo prazo de três anos.

IV - na hipótese prevista no art. 10-A, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos e multa civil de até 3 (três) vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido.

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

Da análise deste dispositivo podemos tirar algumas conclusões.

Primeiro, a esfera de análise de improbidade administrativa sob a ótica da Lei de Improbidade Administrativa é, segundo o *caput* do art. 12, independente das sanções previstas em leis específicas aplicáveis na esfera penal, na esfera cível e na esfera administrativa.

Segundo, a Lei de Improbidade Administrativa prevê seis tipos de sanções, com pequenas diferenças dependendo do tipo em que se enquadra a conduta do agente, são elas: a) o ressarcimento integral do dano ao erário; b) perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente; c) multa civil; d) suspensão dos direitos políticos; e) perda da função pública; e f) proibição de contratar com o Poder Público ou receber incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual o condenado seja sócio majoritário.

E terceiro, o parágrafo único, do artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa reza que, ao fixar as sanções, o Magistrado deve levar em conta a extensão do dano e o proveito econômico obtido, ou seja, as sanções devem observar os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

A presença de mais sanções no texto da Lei de Improbidade Administrativa do que no texto da Carta Magna faz com que alguns autores sustentem a inconstitucionalidade das sanções não previstas no texto constitucional (tal qual como sustentado na ADIN 4295, pendente de julgamento pelo Colendo Supremo Tribunal

Federal). Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves⁵¹, contudo, rechaçam esta tese, sob o seguinte argumento:

O art. 37, § 4º, da Constituição prevê sanções que deveriam ser necessariamente disciplinadas pelo legislador, o que não importou em qualquer limitação ao seu poder discricionário na cominação de outras mais. E ainda, a indisponibilidade de bens prevista na Constituição não é um fim em si mesmo, mas instrumento garantidor da eficácia das sanções pecuniárias, o que reforça a assertiva de que ao legislador infraconstitucional foi delegada a tarefa de discriminar aquelas que seriam por seu intermédio garantidas. Por não haver qualquer incompatibilidade com o texto constitucional, não há que se falar em inconstitucionalidade do art. 12 da Lei n. 8.429/92.

Agora, em relação à natureza jurídica destas sanções, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves⁵² argumentam que as sanções “[...] ostentam características de natureza cível”, que devem ser aplicadas “[...] com o necessário influxo do direito penal, fonte mor do direito sancionador”.

Superada esta primeira análise, passemos ao estudo individual de cada sanção, que será realizado superficialmente, uma vez que o tema deste trabalho não é um estudo extensivo do regime de improbidade administrativa.

Neste ponto, salientamos que serão apresentadas as análises com base em uma quantidade reduzida de obras doutrinárias, pois as escolhidas foram as que melhores se adequavam ao presente estudo, da maneira pretendida.

Começaremos apresentando a “sanção” de ressarcimento ao Erário.

Segundo entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça⁵³:

"o ressarcimento não constitui sanção propriamente dita, mas sim consequência necessária do prejuízo causado. Caracterizada a improbidade administrativa por dano ao Erário, a devolução dos valores é imperiosa e deve vir acompanhada de pelo menos uma das sanções legais que, efetivamente, visam a reprimir a conduta ímproba e a evitar o cometimento de novas infrações"

Esta consequência do ato de improbidade administrativa encontra previsão, primeiro, no parágrafo 4º, do art. 37 da Constituição Federal, como mencionado no início deste item, e encontra, também, disposição no parágrafo 5º, do mesmo dispositivo, que estabelece a imprescritibilidade das ações que buscam o ressarcimento ao Erário.

⁵¹ Op. cit., p. 619

⁵² Ibidem., p. 626-627

⁵³ REsp 1.742.601/MS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 27/11/2018

Ao analisar o dispositivo que trata da imprescritibilidade do ressarcimento ao erário o Colendo Supremo Tribunal Federal fixou, em julgamento de recursos repetitivos, duas teses relevantes ao tema. Uma das teses foi a resultante do julgamento do Tema 666, no qual restou firmada a tese de que “é prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil.”. A outra é resultante do julgamento do Tema 897, no qual restou firmada a tese de que “são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa.”.

Nota-se, então, que, com fundamento no atual entendimento do Colendo Pretório Excelso, são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas, apenas, na prática de ato doloso de improbidade administrativa, ou seja, de forma indireta se reconheceu a prescritibilidade das ações fundadas em atos culposos de improbidade administrativa.

Superada esta questão acerca do tema de ressarcimento ao erário, teceremos mais comentários sobre esta sanção.

José Roberto Pimenta Oliveira⁵⁴ define a sanção de ressarcimento integral do dano como sendo a “[...] indenização de danos materiais causados pelo agente ímprobo”.

Seguindo nesta linha de considerações, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves⁵⁵ sustentam que:

[...] o texto legal não tem o poder de alterar a essência ou a natureza dos institutos; *in casu*, observa-se que a reparação dos danos, em seus aspectos intrínsecos, não representa uma punição para o ímprobo, pois tão somente visa a repor o *status quo*.

Temos, então, que o ressarcimento integral do dano é medida que se impõe tão somente para retornar o patrimônio público à situação na qual este se encontrava antes da prática de ato de improbidade.

No mais Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves⁵⁶ afirmam que:

O dever de reparar pressupõe: a) a ação ou omissão do agente, residindo o elemento volitivo no dolo ou na culpa; b) o dano; c) a relação de causalidade entre a conduta do agente e o dano ocorrido; d) que na conduta do agente, lícita (ex.: agente que age em estado de necessidade) ou ilícita, surja o dever jurídico

⁵⁴ Op. cit., p. 309

⁵⁵ Op. cit., p. 647

⁵⁶ *Ibidem.*, p. 648

de reparar. Tratando-se de dano causado por mais de um agente público, ou por um agente público e um terceiro, uma vez demonstrado que concorreram voluntariamente para o resultado, ter-se-á a obrigação solidária de reparar, do que decorre a possibilidade de o montante devido ser integralmente cobrado de qualquer deles.

Passemos, agora, à análise de outra sanção. Tomaremos como objeto de estudo, agora, a perda dos valores acrescidos ilicitamente.

Esta sanção encontra previsão, em primeiro lugar, no artigo 5º, XLVI, *b*, da Carta Magna e, posteriormente, nos artigos 6º e 12 da Lei de Improbidade Administrativa.

Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves⁵⁷ apresentam a ideia de que a perda de bens ou valores acrescidos ilicitamente não é, tecnicamente, uma sanção, pois tem escopo, apenas, de reconduzir o agente que praticou ato de improbidade administrativa à situação anterior à prática do ilícito, sem afetar o patrimônio legítimo deste.

O artigo 18 da Lei de Improbidade Administrativa cuida de especificar em favor de quem deverá ser realizado o pagamento ou a reversão dos valores, ou bens, acrescidos ilicitamente. Nesta senda, a Lei é clara em determinar que estes valores deverão ser revertidos em face da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito.

José Roberto Pimenta Oliveira⁵⁸, citando Daniel Ferreira, sustenta que a sanção de perda de bens ou valores acrescidos ilicitamente é “[...] sanção restritiva do patrimônio público, de índole real” e, portanto, seus efeitos são transmissíveis em hipótese de falecimento do agente.

Quanto à prescrição, José Roberto Pimenta Oliveira⁵⁹ esclarece que, por esta sanção, quando requerida em sede de ação cível indenizatória, tem como prazo prescricional aquele disposto no artigo 205 do Código Civil, qual seja, o de 10 anos. O mesmo autor, vai além e diz que se esta sanção for pleiteada em sede de ação de responsabilidade por ato de improbidade administrativa, o prazo prescricional a ser observado é o disposto no artigo 23 da Lei nº 8.429/92, já, se o enriquecimento ilícito estiver ligado, em sua origem, a um ato que cause dano ao erário, o perdimento de bens é dotado de caráter de imprescritibilidade, pois aplicável o art. 37, § 5º da Carta Magna.

⁵⁷ Op. cit., p. 644

⁵⁸ Op. cit., p. 308

⁵⁹ Ibidem., p.306-309

Em relação às sanções de ressarcimento integral do dano e perda dos valores obtidos ilicitamente cabe fazer uma breve análise antes de prosseguirmos com as demais penalidades. Da leitura do inciso IV, do art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa, que trata dos atos de improbidade previstos no artigo 10-A do mesmo diploma legal, podemos perceber que não está explicitada a hipótese de ressarcimento do dano e de perda de valores obtidos, isto, no entanto, não quer dizer que estas sanções não podem ser aplicadas.

Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves⁶⁰, ao analisar o tipo do art. 10-A, discorrem que:

Ainda que a conduta seja enquadrada no art. 10-A não há qualquer óbice a que os legitimados ao ajuizamento da ação postulem a aplicação das sanções previstas no inciso IV do art. 12 e, cumulativamente, formulem o pedido de reparação dos danos causados ao patrimônio público em razão da concessão irregular do benefício financeiro ou tributário. Neste caso, o contribuinte que enriqueceu às custas do ilícito inicial terá o dever jurídico de concorrer solidariamente para a sua reparação, o que se dá com a perda dos valores obtidos. Uma vez integralizado o valor indevidamente subtraído dos cofres públicos, quer promovido pelo agente público, quer pelo contribuinte, cessa o dever de reparar.

Temos, portanto, que mesmo não estando explicitamente previstas, ambas as sanções apresentadas são aplicáveis aos atos de improbidade previstos no art. 10-A.

Estudaremos, agora, a sanção de pagamento de multa civil.

Ao lermos os incisos do artigo 12 podemos perceber que esta sanção é aplicável a todos os atos de improbidade administrativa, mas o cálculo da multa é feito de maneira diferente em relação a cada ato de improbidade.

Na análise de José Roberto Pimenta Oliveira⁶¹, a multa civil tem nítido caráter punitivo, pois:

(i) o *status* sancionatório da medida decorre primariamente da sua alocação no rol de sanções impositivas pela prática de ato ímprobo, conforme artigo 12; (ii) com este desenho legal, a finalidade do ato sancionatório de conteúdo pecuniário está primariamente centrada na sua aptidão como instrumento de

⁶⁰ Op. cit., p. 411

⁶¹ Op. cit., p. 315

prevenção e punição do cometimento da improbidade; (iii) o ressarcimento de dano ocasionado por improbidade, no âmbito do sistema singular referido no artigo 37, § 4º da Constituição, somente faz referência a prejuízos *materiais*, porque lesivos do *erário*; (iv) o conceito constitucional de *erário* é inconfundível e ostenta nítido conteúdo patrimonial; (v) a indenização de dano moral ocasionado à entidade pública ou governamental, por ato ímprobo, pode ser cogitado apenas no conteúdo dos artigos 5 e 18 da Lei nº 8.429/92, mas, nessa hipótese, em pretensão autônoma, a título de responsabilidade civil; (vi) portanto, a multa civil do artigo 12 não visa compensar dano moral produzido pelo ato de improbidade administrativa; (vii) a adjetivação da multa *civil* não quer significar parcela devida a título de responsabilidade civil, pois tem justificativa clara na distinção da sanção impositiva na *jurisdição civil* da sanção pecuniária que os mesmos fatos venham a autorizar na *jurisdição criminal, revelando ostensivamente a autonomia do regime arquitetado pela Lei nº 8.429/92.*

Continuando o estudo, José Roberto Pimenta Oliveira⁶² sustenta que a sanção de pagamento de multa civil é estritamente pessoal, ou seja, não é abarcada pela solidariedade e esgota-se na pessoa do punido.

Agora, analisaremos a sanção de suspensão dos direitos políticos.

A hipótese de suspensão de direitos políticos pela prática de ato de improbidade administrativa está prevista constitucionalmente, no artigo 15, V e, infraconstitucionalmente, no âmbito do controle e repressão dos atos de improbidade administrativa, no artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa.

Esta penalidade, como bem apresentado por Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves⁶³, tem como objetivo “[...] restringir determinado direito que o ímprobo demonstrara não ser digno de possuir”.

Em relação à suspensão dos direitos políticos, José Roberto Pimenta Oliveira⁶⁴ entende que, se comprovada a prática de ato de improbidade administrativa, o Magistrado é obrigado, por ordem constitucional expressa (art. 37, §4º, e art. 15, V) a aplicar esta penalidade, por se tratar de comando constitucional de caráter imperativo. Este, no entanto, não é o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça⁶⁵, que defende a tese de que a cumulatividade das sanções não é obrigatória e a aplicação de cada uma delas deve observar o princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade.

⁶² Op. cit, p. 317

⁶³ Op. cit, p. 705

⁶⁴ Op. cit., p.305-306

⁶⁵ AgInt no AREsp 1426403 / SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 12/06/2019

No mais, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves⁶⁶, ao redigir sobre a aplicação desta sanção, nos apresentam que:

Identificada a prática da improbidade e aplicada a sanção de suspensão dos direitos políticos, a cidadania do ímprobo será restringida em suas acepções ativa e passiva, vale dizer, no direito de votar (cidadania ativa) e de ser votado (cidadania passiva), isto sem prejuízo de erigir-se como óbice ao exercício dos demais direitos que pressuponham a condição de cidadão. Conforme deflui da própria expressão, a privação ao exercício da cidadania é temporária, sendo esta sanção mais ampla do que as causas de inexigibilidade previstas no texto constitucional e na legislação infraconstitucional. Estas limitam-se a restringir o exercício da cidadania em sua acepção passiva, naquela a restrição é total.

Passemos, agora, à análise da sanção de perda da função pública.

Esta penalidade, no magistério de José Roberto Pimenta Oliveira⁶⁷, assim como a suspensão dos direitos políticos, é medida que se impõe quando reconhecida a prática de ato de improbidade, por expressa determinação constitucional. Isto, pois, segundo o entendimento, também, de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves⁶⁸, a prática de ato de improbidade é incompatível com a detenção de cargo ou função pública, ou seja, com a de gestor da coisa pública.

O texto da Lei de Improbidade Administrativa, assim como o da Constituição, trata de perda da função pública, mas, de acordo com Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves⁶⁹:

Não obstante a aparente restrição de ordem semântica (a lei se refere à perda da *função pública*, sendo repetida a terminologia utilizada no art. 37, §4º, da Constituição, é sanção passível de aplicação a todos aqueles que exerçam, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades referidas no art. 1º da Lei n. 8.429/92, o que alcança os que desenvolvam determinada atividade pública em razão de concessão, permissão, autorização, etc., devendo tal vínculo ser dissolvido.

No mais, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves⁷⁰, em sentido contrário do entendimento adotado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça⁷¹, apresentam a tese de que a perda da função ou cargo público deve se estender a todos os cargos públicos

⁶⁶ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2017, p. 705-706

⁶⁷ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum. 2009, p. 297

⁶⁸ Op. cit., p. 674.

⁶⁹ Op. cit., p. 674.

⁷⁰ Op. cit., p. 679-680

⁷¹ AgInt no REsp 1423452 / SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 13/03/2018

ocupados pelo agente, mesmo que estes sejam posteriores à prática do ato de improbidade administrativa e, ainda, mesmo que os demais cargos não guardem qualquer relação com a prática do ato ímprobo.

Por não ser o tema deste estudo, não nos aprofundaremos no debate sobre a extensão da perda dos cargos públicos, matéria na qual paira tamanha incerteza e conflito.

A última sanção a ser analisada é a de proibição de contratar com o Poder Público ou receber incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual o condenado seja sócio majoritário que, por ser o tema de estudo do presente trabalho, será analisada em capítulo próprio.

O último ponto a ser apresentado neste item é o de que, com fundamento no artigo 20 da Lei de Improbidade Administrativa, apenas a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos dependem do trânsito em julgado da sentença condenatória para surtirem os devidos efeitos.

CAPÍTULO 2. A 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.

2.1. Apresentação desta sanção.

Começaremos, agora, a nos aprofundarmos no tema central de análise do presente trabalho, consistente na proibição de contratar com o Poder Público.

Podemos, em primeiro momento, dividir esta reprimenda em três hipóteses mais específicas: a) a proibição de contratar com o Poder Público; b) a proibição de receber benefícios fiscais, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual o ímprobo seja sócio majoritário; e c) a proibição de receber incentivos creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual o ímprobo seja sócio majoritário.

Esta separação nos permite compreender melhor os impactos desta penalidade.

Alguns pontos comuns a todos estes itens, antes de continuarmos, é que a Lei de Improbidade Administrativa, em seu artigo 12, incisos I, II, e III, determina um prazo único para as sanções tratadas neste item, de maneira diversa da estipulada em relação à suspensão dos direitos políticos. Ou seja, se o agente praticou o ato de improbidade que gere enriquecimento ilícito a proibição terá como lapso temporal de interdição o prazo de 10 anos, já, se o ato praticado for o de dano ao erário, o prazo será de 5 anos e, por fim, se o ato for de violação a princípios, o prazo será de 3 anos.

Versando sobre o tema, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves⁷² apresentam a seguinte tese:

Apesar dessa sanção ser cominada em valores absolutos (dez, cinco ou três anos), inexistindo margem de liberdade para que o órgão jurisdicional a adapte às peculiaridades do ímprobo, sustenta Fábio Medina Osório (As sanções da Lei 8.429/1992 aos atos de improbidade administrativa, *RT 766/87*) que, nos casos de enriquecimento ilícito, deve ser estabelecido um paralelo com o lapso mínimo de suspensão dos direitos políticos, admitindo-se a redução da sanção até o limite de cinco anos; não sendo admissível tal artifício unicamente nas

⁷² Op. cit., p. 712-713

situações dos arts. 10 e 11 da Lei n. 8.429/1992, em que há coincidência entre o lapso mínimo de suspensão dos direitos políticos e o lapso único de proibição de contratar com o Poder Público e receber incentivos fiscais. Não obstante o louvável propósito de se estabelecer critérios de individualização da sanção, a solução sugerida importa em conferir tratamento isonômico a objetividades jurídicas diversas, pois, enquanto a suspensão dos direitos políticos atinge o *status civitatis* do ímprobo, a proibição de contratar tem reflexos eminentemente patrimoniais. Diversa a objetividade jurídica, diversa haverá de ser a disciplina de cada qual, o que afasta a possibilidade de utilização de um padrão de unificação apenas em razão da grandeza física utilizada para mensurá-la. Walter Claudius Rothenburg (Ação por improbidade ..., in *Improbidade administrativa, 10 anos da Lei n. 8.429/1992*, p. 479), por sua vez, invocando o art. 5º, XLVI, da CR/1988, dispositivo que veicula o dogma da individualização da pena, sustenta que os prazos previstos devem ser interpretados como limites máximos, inexistindo óbice à fixação da sanção em patamares inferiores. No mesmo sentido: Marlon Alberto Weichert, A sentença condenatória na ação de improbidade administrativa. Profundidade e extensão das sanções, *RIL n. 170/57 (67) 2006*; Carlos Frederico Brito dos Santos (*Improbidade ...*, p. 89). Não obstante a solidez do argumento, dele dissentimos. Partindo-se da premissa de que, em determinadas hipóteses, o princípio da proporcionalidade pode autorizar a aplicação de somente algumas das sanções cominadas (premissa prestigiada por Carlos Frederico e não acolhida por Walter Claudius, e Marlon Alberto), seria despicienda a sua utilização, em um segundo momento, para se alcançar a justa medida da sanção, já que o princípio da individualização da pena fora preteritamente prestigiado com o afastamento daquelas sanções que se mostram inadequadas ao caso. Conclusão diversa, ademais, autorizaria que mesmo nas situações em que as sanções cominadas em valores relativos (v.g.: suspensão dos direitos políticos), o Judiciário viesse a fixá-las abaixo do mínimo legal sempre que fossem dois ou mais ímprobos condenados e, apesar de ambos terem sofrido a reprimenda mínima, a situação de um deles ainda se mostrasse mais favorável.

José Roberto Pimenta Oliveira⁷³ é adepto da tese de que estas sanções devem ser aplicadas até o limite previsto na Lei de Improbidade Administrativa, observando as peculiaridades de cada caso, pois é isto que “... demanda a interpretação conforme a Constituição”.

Neste ponto, não há jurisprudência pacificada no âmbito da Colenda Corte Superior, existindo acórdãos⁷⁴ que defendem a maleabilidade do prazo desta reprimenda e acórdãos⁷⁵ que defendem a tese de que a Lei de Improbidade Administrativa prevê um prazo único para fixação desta sanção.

Entendemos, ressalvado e respeitado o entendimento em contrário, que o lapso temporal destas sanções é adstrito ao prazo previsto em lei, não podendo sofrer qualquer alteração, sendo certo que a valoração do princípio da proporcionalidade se dá,

⁷³ Op. cit., p. 318-327

⁷⁴ AgInt no AREsp 778792 / MT, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 26/02/2019.

⁷⁵ AgInt no REsp 1762794 / BA, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 26/02/2019

devidamente, na aplicação, ou não, destas sanções, observada a situação prática do caso em concreto.

Outro ponto comum a estas sanções é a sua natureza jurídica. Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves⁷⁶ apresentam a tese de que a natureza jurídica destas penalidades é de sanção patrimonial indireta, ressalvada a proibição de contratar com o Poder Público, que possui, além desta natureza de sanção patrimonial indireta, nítido caráter de segurança das relações jurídicas a serem estabelecidas pelo Poder Público.

Também comum a todas estas reprimendas é a delimitação de quem sofrerá os efeitos da condenação específica. De maneira direta temos que, por consequência lógica, o ímprobo será o primeiro a sofrer com os efeitos, seja ele pessoa física ou pessoa jurídica (nos termos dos 2º e 3º da Lei de Improbidade Administrativa).

Mas, por força da parte final da oração que trata desta sanção específica (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*), temos que esta penalidade se estende, ainda, às pessoas jurídicas das quais o ímprobo é sócio majoritário.

Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves⁷⁷ definem, com maestria, quem pode ser destinatário desta reprimenda, confira:

[...] não só o ímprobo, como também as pessoas jurídicas de que faça parte como sócio majoritário, ou mesmo as pessoas, físicas ou jurídicas, que sejam interpostas entre ele e o benefício almejado, sofrerão os efeitos desta sanção.

Isto, pois, o legislador tomou o devido cuidado para evitar todos os tipos de fraude que poderiam ser adotados para tentar burlar a efetiva aplicação dos efeitos desta sanção.

Por fim, nesta análise geral, temos, por força do artigo 20 da Lei de Improbidade Administrativa, que o termo inicial do cumprimento destas penalidades não depende do trânsito em julgado da sentença condenatória.

⁷⁶ Op. cit., p. 712-717

⁷⁷ Ibidem, p.716

Em análise individual dos itens, vejamos, primeiro, no que consiste a proibição de contratar com o Poder Público.

A primeira coisa a ser dirimida é no que consiste a expressão “Poder Público” usada pela legislação.

Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves⁷⁸ entendem que:

À expressão *Poder Público* deve ser dispensada interpretação condizente com a teleologia da norma, alcançando a Administração Pública, direta e indireta, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e não somente o sujeito passivo do ato de improbidade praticado pelo ímprobo. A aplicação desta sanção resulta da incompatibilidade verificada entre a conduta do ímprobo e o vínculo a ser mantido com a Administração Pública, o que o torna desinfluyente qualquer especificidade em relação a esta, já que a sanção circunda a esfera subjetiva do ímprobo, a qual não é delimitada pelo ente que tenha sido lesado pelo ato de improbidade, tornando-se extensiva a todos os demais.

José Roberto Pimenta Oliveira⁷⁹, por sua vez, entende que a expressão “Poder Público” compreende, ainda, todas as entidades controladas, direta ou indiretamente, pelas pessoas jurídicas contempladas no excerto acima apresentado, sendo que, neste ponto, não nos deparamos com qualquer jurisprudência exarada pelos tribunais superiores apta a corroborar esta tese.

A despeito da ausência de jurisprudência para corroborar ou desbancar este entendimento, não vemos qualquer razão que implicaria em discordância de nossa parte.

Quanto à extensão territorial desta reprimenda, o entendimento de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves se coaduna com o da Colenda Corte Superior, sendo certo que o Superior Tribunal de Justiça⁸⁰ reconhece a possibilidade de, dependendo da situação fática do caso, modular os efeitos desta condenação, ou seja, restringir o alcance desta sanção apenas ao ente lesado, por exemplo.

Verificado com quem o condenado pela prática de ato de improbidade não pode contratar, estudaremos no que consiste, justamente, o termo “contratar”.

⁷⁸ Op. cit., p.713-714

⁷⁹ Op. cit., p. 319-320.

⁸⁰ AgInt no TP 1492 / RJ, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 06/12/2018

Novamente, com embasamento na lição de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves⁸¹, temos que:

À proibição de contratar deve ser dispensada uma interpretação condizente com a extensão atribuída a essa sanção pelo texto legal, abrangendo *todos* os contratos passíveis de serem estabelecidos com o Poder Público, quer sejam unilaterais ou bilaterais, onerosos ou gratuitos, cumulativos ou aleatórios. A proibição de contratar implica, *ipso iure*, a proibição de participar da licitação. Alcança, igualmente, os contratos individuais, ainda que de natureza trabalhista. No que diz respeito aos contratos em curso, como o licitante, por força do art. 55, XIII, da Lei n. 8.666/1993, deve manter, durante todo o período de execução do contrato, as condições de habilitação, também eles serão extintos. Nesse caso, não há qualquer afronta à garantia constitucional do ato jurídico perfeito, já que, em razão das peculiaridades do contrato administrativo, a capacidade de contratar é continuamente avaliada.

José Roberto Pimenta Oliveira⁸² corrobora a ideia apresentada pelos autores supramencionados, acrescentando, ainda, que a extensão desta sanção atinge, também, as hipóteses nas quais o ímprobo encontra-se em posição de contratante, ou comprador, e, conseqüentemente, o Poder Público esteja no outro polo contratual.

A concepção de esta penalidade atingir os contratos em curso, conforme se depreende do excerto da obra de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves acima apresentado, é fundamentada no artigo 55, XIII, da Lei de Licitações. O referido dispositivo é dotado da seguinte redação:

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

[...]

XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.

Em relação a este dispositivo, Marçal Justen Filho⁸³ afirma que:

O inc. XIII destina-se a evitar dúvidas sobre o tema. Ou seja, mesmo que o particular comprove previamente, seja na licitação ou no procedimento de contratação direta, o cumprimento dos requisitos de habilitação, será necessário aferir-se se esses requisitos mantêm-se durante a execução do contrato. O silêncio do instrumento não significará dispensa da exigência. Se o particular, no curso da execução do contrato, deixar de preencher as exigências formuladas, o contrato deverá ser rescindido. Mas a questão tem de ser apreciada em vista do princípio da proporcionalidade. Ou seja, é indispensável identificar a providência menos onerosa ao interesse estatal e aos

⁸¹ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2017, p. 713.

⁸² Op. cit., p. 318-319

⁸³ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e contratos Administrativos. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1093.

valores tutelados pela ordem jurídica. Não teria cabimento estabelecer uma solução mecanicista, em que a ocorrência de evento perfeitamente supérfluo viesse a ser considerada como causa automática para a rescisão do contrato. Aplicam-se, aqui, algumas considerações desenvolvidas a propósito dos incs. IX a XI do art. 78. É necessário identificar uma relação de causalidade entre o problema verificado e a satisfação dos interesses fundamentais que o Estado deve realizar. Ademais disso, deve apurar-se a possibilidade de recomposição da plena capacitação do sujeito. Um exemplo permite compreender a interpretação preconizada. Suponha-se que, no curso da execução do contrato, o particular deixe de pagar a contribuição para o INSS. Apesar da gravidade da conduta, afigura-se perfeitamente possível que, identificada a ocorrência, o particular satisfaça a dívida (ou obtenha algum regime equivalente ao da regularidade fiscal). Não haverá cabimento de impor-se, de modo automático, a rescisão contratual. Tem de admitir-se, portanto, que o dispositivo ora examinado relaciona-se com a concretização de evento que torne, de modo definitivo e irremediável, incompatível com a ordem jurídica a manutenção da contratação de um certo sujeito.

Seguindo nesta linha, as condições de habilitação encontram previsão no artigo 27 da Lei 8.666/93⁸⁴ e, ao comentar sobre este dispositivo, Marçal Justen Filho⁸⁵ afirma que os requisitos de habilitação tratam de “[...] exigências relacionadas com a determinação da idoneidade do licitante”, porém estes requisitos fazem parte de um conceito denominado “condições de participação em sentido amplo”, que compreende, de um lado, os requisitos de habilitação e, de outro lado, as “condições de participação em sentido restrito”.

Estas condições de participação em sentido restrito, ainda segundo o magistério de Marçal Justen Filho, são requisitos formais e materiais para que o sujeito possa participar da licitação.

A questão que a nós é relevante é a que trata das condições de participação em sentido restrito de natureza material, pois é sob esta denominação que o autor insere a “ausência de punição impeditiva de participação em licitação”.

Neste ponto, Marçal Justen Filho⁸⁶ aduz que:

Aquele que foi declarado inidôneo para licitar ou teve interdita sua participação em licitações não pode ser habilitado. Em tais hipóteses, há

⁸⁴ Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

I - habilitação jurídica;

II - qualificação técnica;

III - qualificação econômico-financeira;

IV – regularidade fiscal e trabalhista;

V – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7o da Constituição Federal.

⁸⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014, p. 635-642

⁸⁶ Op. cit., p. 642

impossibilidade jurídica da habilitação. A despeito do silêncio do art. 27, é pressuposto da habilitação a ausência de sancionamento dessa ordem. Não se examinam os documentos do licitante que teve suspenso o direito de licitar. Deve ser excluído da licitação sem que a Administração sequer chegue a examinar o preenchimento dos demais requisitos previstos para a habilitação.

Assim sendo, se a existência de fato impeditivo de participar de licitações acarreta em “impossibilidade jurídica da habilitação”, é de rigor reconhecer que a existência de proibição de contratar com o Poder Público aplicada a determinado agente importe, sem exceções, na rescisão de contratos em curso, uma vez que estaria em vigor fato impeditivo de natureza apta a impedir, até, a análise dos requisitos de habilitação do sujeito, situação na qual a manutenção da relação contratual torna-se incompatível com a própria ordem jurídica.

Aproveitaremos esta oportunidade para tecer comentários mais aprofundados acerca da natureza jurídica híbrida da proibição de contratar com o Poder Público.

Por um lado, é patente o caráter punitivo dessa reprimenda, na condição de penalidade pecuniária de ordem indireta, pois, como posto por Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves⁸⁷, o “[...] ímprobo não poderá auferir qualquer benefício advindo de uma relação contratual com o ente estatal”.

Por outro lado, os mesmos autores⁸⁸ sustentam que esta sanção é dotada de um “[...] aspecto da segurança das relações jurídicas a serem estabelecidas [...]”.

Essas relações devem ser entendidas como aquelas mantidas com Poder Público.

Este aspecto de segurança das relações jurídicas pode ser demonstrado de maneira mais fácil se analisarmos o artigo 87 da Lei de Licitações ao também prever uma sanção, administrativa, de suspensão do direito de licitar e de declaração de inidoneidade. Observemos a redação do artigo 87 da Lei 8.666/93:

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

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

⁸⁷ Op. cit., p. 713

⁸⁸ Ibidem., p. 713

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.

§ 1º Se a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou cobrada judicialmente.

§ 2º As sanções previstas nos incisos I, III e IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

§ 3º A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação.

Para nós, a matéria relevante é a apresentada nos incisos III e IV, que tratam de causas impeditivas e restritivas ao direito de participar de procedimentos licitatórios.

Nesta senda, conforme entendimento de Marçal Justen Filho⁸⁹ exarado na ocasião de análise do artigo 87 da Lei de Licitações, a sanção administrativa aproxima-se da sanção penal, uma vez que não possui o escopo de recompor o patrimônio da parte lesada, mas “[...] impor ao infrator um sofrimento compatível com a culpabilidade demonstrada e com os danos provocados por sua conduta”.

O autor⁹⁰ complementa afirmando que:

É inquestionável que a sanção administrativa apresenta também uma finalidade de prevenção, destinando-se a desincentivar a prática de infrações. Por igual, a sanção administrativa pode ser orientada à recuperação do infrator. A heterogeneidade dos ilícitos administrativos impede, no entanto, generalizações amplas no tocante ao tema. O que se pode afirmar é que toda sanção administrativa é dotada de carga retributiva relevante, sendo variável a função de prevenção e de recuperação.

Nesta toada, a sanção administrativa é dotada de caráter eminentemente punitivo, tal qual como caráter preventivo e de recuperação.

⁸⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e contratos Administrativos. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1338.

⁹⁰ *Ibidem.*, p. 1338

O posicionamento do Tribunal de Contas da União se coaduna com a ideia aqui apresentada, conforme pode ser depreendido da leitura do voto do Ministro Revisor em sede do julgamento do acórdão 2218 de 2011. Confira trecho relevante:

Não procede a idéia de que o legislador tenha deliberadamente impedido o administrador de evitar tais prejuízos e fraudes. A Administração tem a obrigação de evitar a produção de evento que supõe danoso, ante a presença de elementos que permitam formar fundada convicção quanto ao resultado.

A esse respeito, Juarez Freitas (in *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*, Ed. Malheiros, 2ª edição, p. 99-102), ensina:

“O princípio da prevenção, no Direito Administrativo, estatui que a administração pública, ou quem faça as suas vezes, na certeza de que determinada atividade implicará dano injusto, se encontra na obrigação de evitá-lo, desde que no rol de suas atribuições competenciais e possibilidades orçamentárias. Quer dizer, tem o dever incontornável de agir preventivamente, não podendo invocar juízos de conveniência ou de oportunidade, nos termos das concepções de outrora acerca da discricionariedade administrativa. (...)”

Já o princípio constitucional da precaução, igualmente dotado de eficácia direta e imediata, estabelece (não apenas no campo ambiental, mas nas relações de administração em geral) a obrigação de adotar medidas antecipatórias e proporcionais mesmo nos casos de incerteza quanto à produção de danos fundadamente temidos (juízo de forte verossimilhança). (...)”

O Estado precisa agir com precaução, na sua versão balanceada, se e quando tiver motivos idôneos a ensejar a intervenção antecipatória proporcional.”

No mesmo sentido, o entendimento do STJ, esposado no REsp 174.274 / SP, relatado pelo Ministro Castro Meira:

“O entendimento do Tribunal a quo, no sentido de que a suspensão imposta por um órgão administrativo ou um ente federado não se estende aos demais, não se harmoniza com o objetivo da Lei nº 8.666/93, de tornar o processo licitatório transparente e evitar prejuízos e fraudes ao erário, inclusive impondo sanções àqueles que adotarem comportamento impróprio ao contrato firmado ou mesmo ao procedimento de escolha de propostas

Não seria forçoso argumentar, então, conforme entendimento de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves⁹¹, já apresentado, que a proibição de contratar com o Poder Público, sob a ótica da Lei de Improbidade Administrativa, possui, além do caráter sancionatório, natureza preventiva.

Preventiva, pois, apresenta como objetivo não só educar o sancionado a não agir de forma contrária à probidade, mas, também, proteger o Poder Público, enquanto

⁹¹ Op. cit., p. 713

perdurarem os efeitos da reprimenda, dos efeitos dos atos já praticados ou que poderiam a vir ser praticados pelo ímprobo.

No mesmo sentido, como bem colocado por João Pedro Accioly⁹²:

[...] a proibição de contratar com o Poder Público não se caracteriza exclusivamente como uma sanção, isto é, uma reprimenda extrapenal, mas de índole retributiva, a um ato de improbidade. A aludida proibição é também medida assecuratória à moralidade administrativa e aos cofres públicos e, em alguns casos, pode ser essencial para impedir o reiteramento de condutas ímprobas.

A relevância desta natureza, que denominamos como híbrida, será demonstrada adiante, quando for apresentada a aplicação, em sede de tutela provisória, desta reprimenda.

Temos, então, que a proibição de contratar com Poder Público é delimitada como a proibição de o ímprobo, pessoa física ou jurídica, firmar, ou manter, qualquer contrato com o Poder Público, compreendido pela Administração direta ou indireta e, ainda, por qualquer entidade controlada, direta ou indiretamente, pela Administração.

Partiremos para o estudo da segunda proibição específica, qual seja, a de receber benefícios ou incentivos fiscais.

Antes de nos debruçarmos sobre as diferenças entre o subitem em análise e o anteriormente estudado, abordaremos as semelhanças.

Enquadra-se no conceito de Poder Público, para os fins da proibição de receber benefícios ou incentivos fiscais, aqueles mencionados anteriormente e que tenham competência para aplicar ou conceder tais benefícios ou incentivos.

Já, quem pode ser o destinatário desta proibição é, novamente, qualquer pessoa física ou jurídica condenada pela prática de ato de improbidade administrativa.

Agora, às suas peculiaridades.

A proibição em análise pode ser dividida, ainda, em dois outros itens, quais sejam: a proibição de receber benefícios fiscais e a proibição de receber incentivos fiscais.

⁹² ACCIOLY, João Pedro. Improbidade Administrativa e proibição de contratar com o Poder Público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p.102

A proibição de receber benefícios fiscais é delimitada, por José Roberto Pimenta Oliveira⁹³ como sendo:

O impedimento de receber *benefícios fiscais* implica na impossibilidade da pessoa física ou jurídica condenada, enquanto *contribuinte*, ser beneficiária, nos termos da legislação aplicável, de (i) *moratória* outorgada em caráter individual (art. 153 CTN) como causa de suspensão do crédito tributário (art. 151, I CTN) ; de *parcelamento*, em idêntica situação (art. 151, VI c/c art. 155-A CTN); de *remissão* como causa legal extintiva do crédito tributário (art. 156, IV c/c art. 172 CTN); de *isenção* como causa excludente do crédito tributário, em caráter individual (art. 175, I c/c art. art. 179 CTN); de *anistia*, também como forma de exclusão do crédito tributário, outorgada em caráter individual (art. 175, II c/c art. 182 CTN).

Continuando, o mesmo autor⁹⁴ reza que:

Ao consignar *benefícios fiscais*, a Lei nº 8.429/92 mantém o uso de conceito abrangente, também referido constitucionalmente (cf. art. 165, §6º CF). Abrange a impossibilidade do Estado autorizar, à Luz de requerimento formulado pelo condenado, tratamento tributário benéfico instituído legalmente, em caráter individual, como ocorre nos institutos tributários citados.

E a proibição de receber incentivos fiscais é definida, ainda por José Roberto Pimenta Oliveira⁹⁵, como sendo a:

[...] restrição temporária ao gozo de *qualquer outro tipo de vantagem tributária*, estabelecida pelo Poder Público nos termos da Constituição e das Leis, em caráter individualizado, com o objetivo de *induzir, incentivar ou promover* adoção de determinados comportamentos pelo contribuinte beneficiário, visando atender a específico interesse público (extrafiscalidade), cuja implementação implica renúncia de receita para o Poder Público e vantagem econômica para o beneficiário pela desoneração de índole fiscal, disciplinados pelo Direito Tributário.

De outra banda, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves⁹⁶ entendem que os incentivos fiscais:

[...] se caracterizam como instrumentos utilizados pelo Poder Público para implementar o desenvolvimento de determinado território ou de certa atividade, bem como para corrigir desigualdades ou recompor a ordem econômica e social. Vários são os tipos de incentivos fiscais passíveis de serem concedidos ao contribuinte, podendo ser mencionados a isenção, a redução de alíquota e a dedução do crédito tributário ou da base de cálculo, sendo que a extensão destes variará em conformidade com a legislação que os instituir.

⁹³ Op. cit., p. 322

⁹⁴ Ibidem, p. 322

⁹⁵ Ibidem, p. 324

⁹⁶ Op. cit. , p. 714-715

Tendo em mente o que são benefícios e incentivos tributários, resta saber até onde estas sanções podem ser efetivamente aplicadas.

Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves⁹⁷, quanto a extensão desta sanção, entendem que:

[...] a expressão “proibição ... de receber benefícios ou incentivos fiscais” restringe a sua aplicação àqueles benefícios ou incentivos de caráter condicionado, em que haja uma relação direta entre o ímprobo e o Poder Público.

Isto, pois, ainda de acordo com o posicionamento de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves⁹⁸, em se tratando de benefícios ou incentivos incondicionados, nos quais não se exige nada do contribuinte, o que se está conferindo não é, em si, um privilégio ao interessado, e, sim, um incentivo a interesses da coletividade, razão pela qual são instituídos de forma genérica.

Resta, neste momento, estudar no que consiste a proibição de receber benefícios ou incentivos creditícios.

Em primeiro momento, esta proibição segue a mesma trilha das demais apresentadas neste capítulo, quanto ao conceito de Poder Público e quanto a quem são os indivíduos que estão coibidos de contratar com o Poder Público.

O tema divergente é, como é de se imaginar, o objeto específico da proibição, que, neste momento, é a vedação de receber benefícios ou incentivos creditícios.

Na lição de José Roberto Pimenta Oliveira⁹⁹, a proibição de receber benefícios ou incentivos creditícios diverge da proibição de receber incentivos ou benefícios fiscais pois, na última, o que se veda é a obtenção de vantagens regradas pelo direito tributário e, na primeira, a obtenção de vantagens perante o direito financeiro.

Devemos, então, delimitar o que pode ser compreendido como benefício ou incentivo creditício.

Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves¹⁰⁰ entendem que a:

⁹⁷ Op. cit., p. 715

⁹⁸ Ibidem, p. 715

⁹⁹ Op. cit., p. 324-325

¹⁰⁰ Op. cit., p. 716

[...] proibição de receber incentivos creditícios, ela veda a realização de empréstimos, financiamentos e doações ao ímprobo, os quais, como contratos que são, já estariam abrangidas pela proibição de contratar com o Poder Público.

Importante salientar que os autores retromencionados apresentam, apenas, a ideia de incentivos creditícios, não tecendo qualquer comentário sobre a expressão “benefícios creditícios”.

Por outro turno, José Roberto Pimenta Oliveira compreende a existência das expressões “benefícios” e “incentivos creditícios”, porém não apresenta uma análise individual do que seria caracterizado como benefício ou o que seria caracterizado como incentivo.

Isto, no entanto, não afeta a compreensão do objetivo desta reprimenda, que, como bem analisado por José Roberto Pimenta Oliveira¹⁰¹, é a vedação da atuação do Poder Público no sentido de mobilizar-se para fomentar ou incentivar, por qualquer meio “[...] de caráter econômico ou financeiro, excluídos de índole fiscal”, de maneira individual e direta, o ímprobo, ou pessoa jurídica da qual ele seja sócio majoritário.

Nesta linha, não pode ser outorgado ao condenado por ato de improbidade administrativa, se aplicada especificamente a sanção da proibição de receber incentivos ou benefícios creditícios, por exemplo, qualquer tipo de ajuda, subvenção, contribuição, auxílio, empréstimo, financiamento, etc.

Ainda de acordo com a lição de José Roberto Pimenta Oliveira¹⁰², não é só o Poder Público que está impedido de conceder incentivos ou benefícios ao ímprobo. Instituições do setor privado, que recebem recursos Públicos, em execução de alguma política governamental também devem observar este impeditivo legal.

O autor¹⁰³ apresenta, ainda, a ideia de que:

A expressão legal também apanha situações em que o Poder Público, nos termos da lei, beneficia pessoas físicas e jurídicas, atuando na *garantia* da realização ou do cumprimento de operações de crédito, realizadas por outras instituições privadas (v.g concessão de aval). A Lei nº 8.429/92 também veda esta atividade pública, porque se trata igualmente de benefício creditício.

¹⁰¹ Op. cit., p. 325-327

¹⁰² Ibidem., p. 326

¹⁰³ Ibidem, p. 326

Neste tópico tratamos de analisar a matéria com fundamento majoritariamente doutrinário, pois não encontramos jurisprudência suficiente e apta a suprir as lacunas apontadas.

Tendo apresentado, neste item, no que consiste a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios de maneira individualizada, é hora de apresentarmos como esta penalidade é efetivamente aplicada.

2.2. Motivação de escolha da proibição de contratar com o Poder Público como sanção específica a ser estudada.

Antes de prosseguirmos, pensamos ser válido explicitar os motivos pelos quais, a partir de agora, analisaremos, dentre as reprimendas apresentadas neste capítulo, da proibição de contratar com o Poder Público.

O tema deste estudo é a antecipação, ou seja, aplicação ainda no curso do processo, da sanção de antecipação de contratar com o Poder Público.

Pensamos que as demais proibições (quais sejam: de receber incentivos e benefícios fiscais ou creditícios), se aplicadas ainda no bojo do processo judicial, sem a efetiva condenação, demonstrar-se-iam demasiadamente exageradas.

O fim que se busca atingir com a antecipação da proibição de contratar é, como será demonstrado mais adiante em item próprio, é a efetivação da defesa do patrimônio público, seja resguardando, ainda que de modo indireto, o erário, ou seja evitando com que o Poder Público contrate com pessoa que falta com a probidade.

Neste diapasão, esta situação de precaução para com o bem público apta a fundamentar a antecipação da proibição de contratar não se coaduna, ao nosso ver, com uma fundamentação da proibição de receber incentivos ou benefícios fiscais ou creditícios, uma vez que esta última proibição possui um caráter eminentemente punitivo, enquanto a proibição de contratar contempla, em conjunto com o caráter punitivo, um caráter preventivo para com o bem jurídico tutelado pela Lei de Improbidade Administrativa.

2.3. Aplicação prática da sanção de proibição de contratar com o Poder Público.

Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves¹⁰⁴, com razão, defendiam, desde a primeira edição da obra, a criação de um mecanismo que viabilizasse a consulta e permitisse que as pessoas jurídicas de direito público, e os demais interessados, tivessem conhecimento da existência de alguma sanção de improbidade contraída por alguma pessoa.

Esta necessidade foi suprida em 20 de novembro de 2007, quando o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 44/2007, que instituiu o Cadastro Nacional de Condenador por Ato de Improbidade Administrativa – CNCIA que, com a superveniência da Resolução da Resolução nº 172, de 8 de março de 2013, também do CNJ, foi renomeado para Cadastro Nacional de Condenados por Ato de Improbidade Administrativa e por Ato que implique Inelegibilidade – CNCIAI.

O CNCIAI é supervisionado pelo próprio Conselho Nacional de Justiça, e a gestão do banco de dados compete à Corregedoria Nacional de Justiça, conforme redação dada pelo artigo 2º da Resolução nº 44/2007. O mesmo dispositivo, em seu parágrafo único, determina que as corregedorias locais deverão auxiliar a Corregedoria Nacional de Justiça no cumprimento da Resolução, o artigo 7º corrobora com esta responsabilidade, ao versar sobre os deveres das Corregedorias dos Tribunais.

A alimentação do sistema será, por determinação do artigo 4º da Resolução nº 44 e do Provimento nº 29, ambos do CNJ, feita pelo juízo da execução da decisão transitada em julgado em ações de improbidade administrativa, ou do órgão colegiado que prolatou acórdão condenatório que ocasione inelegibilidade do réu, que deverá encaminhar ao CNJ, por meio eletrônico, as informações necessárias para o cadastramento, que devem ser constituídas, no mínimo, das seguintes informações: a) qualificação do condenado; b) dados do processo; c) as sanções de perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, multa civil, e informações sobre as pessoas físicas e jurídicas proibidas de

¹⁰⁴ Op. cit., p. 716

contratar e receber incentivos fiscais e creditícios do Poder Público (conforme artigo 3º da Resolução nº 44/2007, CNJ).

O CNCIAI tem exposição permanente através da *internet* (por meio do endereço eletrônico <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/enccla/cadastro-de-improbidade-administrativa>), e é de livre acesso, exceto em relação aos dados pessoais dos inscritos e, também, nos casos em que a sentença condenatória não tenha transitado em julgado, nos feitos em que houver a decretação de sigilo, conforme artigo 5º, *caput* e parágrafo único da Resolução nº 44/2007.

O acesso ao sistema, de maneira ampla, ou seja, sem ser para consultar a existência de condenação ou reprimendas em relação a uma pessoa física, pessoa jurídica ou processo específico, depende da existência de cadastro, ao qual não temos acesso para os fins deste trabalho.

Para a proibição de contratar com o Poder Público, a efetivação não termina na inserção de dados no CNCIAI, pois há, ainda, a inserção de dados no Cadastro das Empresas Inidôneas ou Suspensas de contratar com a Administração Pública – CEIS, que encontra previsão no artigo 23 da Lei nº 12.846/2013¹⁰⁵, e é regulamentado pelo Decreto 8.420/2015.

O artigo 48 do Decreto 8.420/15 determina que a Controladoria-Geral da União disciplinará o CEIS.

Já, no âmbito da própria Controladoria-Geral da União, este cadastro é regulamentado pela Portaria 1.332/2016 e Portaria 1.196/2017, ambas da CGU.

De acordo com estudo desenvolvido pelo Ministério Público Federal, coordenado por Alexandre Amaral Gavronski¹⁰⁶, a alimentação do CEIS, por parte da Controladoria-Geral da União, se dá, exclusivamente, “[...] a partir de dados obtidos por meio

¹⁰⁵ Art. 23. Os órgãos ou entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todas as esferas de governo deverão informar e manter atualizados, para fins de publicidade, no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas - CEIS, de caráter público, instituído no âmbito do Poder Executivo federal, os dados relativos às sanções por eles aplicadas, nos termos do disposto nos arts. 87 e 88 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993.

¹⁰⁶ GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Efetivação das condenações nas ações de responsabilização por improbidade administrativa: manual e roteiro de atuação**. 2. ed. Brasília: MPF, 2019, p. 36-37.

automatizado diretamente do CNCIAI [...]”, ou seja, é desnecessário o encaminhamento de ofícios à CGU ou qualquer outro órgão da Administração.

Os dados que devem constar no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas são, segundo o artigo 46 do Decreto 8.420: a) o nome ou razão social da pessoa física ou jurídica sancionada; b) o número de inscrição da pessoa jurídica no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ ou da pessoa física no Cadastro de Pessoas Físicas - CPF; c) o tipo de sanção; d) a fundamentação legal da sanção; e) o número do processo no qual foi fundamentada a sanção; f) a data de início de vigência do efeito limitador ou impeditivo da sanção ou data de aplicação da sanção; g) a data final do efeito limitador ou impeditivo da sanção, quando couber; h) o nome do órgão ou entidade sancionador; e i) o valor da multa, quando couber.

Nesta senda, aqueles que, de acordo com a Lei de Improbidade Administrativa, são compreendidos pela expressão Poder Público (apresentada no item anterior) deverão, antes de efetuar qualquer tipo de contrato, conferir o CEIS e o CNCIAI para averiguar se aquele com que se pretende contratar não ostenta contra si alguma causa impeditiva de contratar com o Poder Público.

2.4. Dificuldades na efetivação da proibição de contratar com o Poder Público.

De acordo com o Manual e Roteiro de atuação do Ministério Público Federal, coordenado por Alexandre Amaral Gravonski¹⁰⁷, um dos principais problemas para a efetivação desta penalidade é a alimentação inadequada do CNCIAI (sem, por exemplo, fazer constar a data do trânsito em julgado, o tempo de condenação, o CPF ou CNPJ do condenado, etc.) que, posteriormente, implica na alimentação irregular do CEIS e, portanto, as informações são desconsideradas e, assim, não produzem efeitos válidos.

O estudo realizado pelo Ministério Público Federal aponta que outro problema para a efetivação desta reprimenda é o encaminhamento, por alguns juízos, dos dados necessários à inserção no sistema apenas por meio de comunicações formais, como, por

¹⁰⁷ Op. cit., p. 37

exemplo, ofícios, que não são válidos para ensejar inserção de dados no CNCIAI e, tampouco, no CEIS.

Sendo assim, o órgão ministerial, ou qualquer outro legitimado para ajuizar Ação Civil Pública que vise a responsabilização por ato de improbidade administrativa, deve zelar pela efetiva aplicação da reprimenda, atuando de maneira constante e cautelosa perante o juízo da execução, pugnando pela correta inserção dos dados no CNCIAI de modo a possibilitar a adequada alimentação do CEIS e efetivação da penalidade.

Outro óbice à efetivação desta sanção, ainda de acordo com o trabalho realizado pelo Ministério Público Federal, é o fato de a Resolução nº 44/2007 do CNJ exigir, em seu artigo 3º, o trânsito em julgado da sentença condenatória para inserção da condenação no CNCIAI.

Deste modo, é, em certa medida, inviabilizada a efetivação dos efeitos da condenação de antes do trânsito em julgado da integralidade da sentença condenatória, sendo certo que a Lei de Improbidade Administrativa não obsta ao cumprimento provisório da proibição de contratar com o Poder Público.

No entanto, os efeitos práticos desta proibição podem ser atingidos de outras maneiras, pois, ainda segundo o estudo realizado pelo Ministério Público Federal¹⁰⁸, aquele que figura no polo ativo da ação pode requerer ao Magistrado a expedição de ordem judicial dirigida “[...] ao ente ou órgão público que mantém contrato com o condenado para, por exemplo, comunicá-lo da condenação judicial não suspensa e determinar que não renove esse determinando contrato ou mesmo o rescinda”

Nesta linha, competiria, ainda com fundamento no estudo realizado pelo MPF¹⁰⁹, ao legitimado para figurar no polo ativo da ação para, diante das circunstâncias do caso concreto, buscar as melhores opções para atingir o objetivo pleiteado, qual seja, a efetivação provisória da proibição de contratar com o Poder Público.

Temos, portanto, que a dificuldade da efetivação desta reprimenda é fruto da alimentação inadequada do CNCIAI ou, por outro lado, a necessidade de aguardar o trânsito em julgado para que os dados sejam devidamente inseridos no Cadastro.

¹⁰⁸ Op. cit., p. 39

¹⁰⁹ Ibidem., p. 39-40

Pensamos que é válido dizer, também, que a dificuldade da efetivação desta sanção pode se dar pela falta de preparo daqueles que atuam perante o juízo no combate aos atos de improbidade, pois, muitas vezes, o legitimado para figurar no polo ativo não está preparado, ou não conhece, para atuar de maneira apta a buscar a efetiva aplicação da proibição de contratar com o Poder Público.

No mais, apresentaremos mais adiante como se dá a efetivação da proibição de contratar com o Poder Público aplicada em caráter cautelar.

CAPÍTULO 3. DA TUTELA PROVISÓRIA.

Neste capítulo apresentaremos a fundamentação das tutelas provisórias nos sistemas que mais se adequam ao caso em análise, a saber, como a tutela é tratada no Código de Processo Civil, na Lei de Improbidade Administrativa, no Código de Defesa do Consumidor e, por fim, na Lei de Ação Civil Pública.

3.1. A tutela provisória no Código de Processo Civil.

Antes de iniciarmos o estudo acerca da tutela provisória no Código de Processo Civil devemos dizer que não abordaremos a tutela definitiva, para não nos afastarmos do tema central que buscamos apresentar.

Salientamos, ainda, que para efeito deste trabalho a matéria processual, apesar de relevante, é apenas incidental ao tema tratado, razão pela qual pode ser dispensada a análise extensiva dessa matéria. Assim sendo, focaremos, apenas, nos temas que apresentem maior relevância ao objeto deste estudo.

Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira¹¹⁰ consideram que a tutela provisória é marcada por três elementos essenciais, quais sejam: a) a sumariedade da cognição, pois a decisão que a concede é proferida com base em análise superficial do litígio e calcada em um juízo de probabilidade; b) a precariedade, uma vez que, por força do artigo 296, *caput*, do Código de Processo Civil, a tutela provisória pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo, desde que presentes os requisitos para tanto; e c) a impossibilidade de ser acobertada pelos efeitos da coisa julgada, sendo que este elemento é resultado da somatória das demais características apresentadas.

Ainda em análise geral, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira¹¹¹ sustentam que “a tutela provisória deve ser estudada em três dimensões, que se complementam”. Segundo esse método: a) analisando o conteúdo que pode ser

¹¹⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória. 14. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019. v. 2., p. 690-691

¹¹¹ *Ibidem.*, p. 692-693

tutelado provisoriamente, a tutela pode ser *satisfativa* ou *cautelar*; b) analisando os pressupostos que autorizam a concessão da tutela, ela pode ser de *urgência* ou de *evidência*; e, c) analisando o momento em que a tutela é pleiteada, ela pode ser *antecedente* ou *incidente*.

Façamos, agora, uma breve apresentação do conceito das dimensões da tutela provisória acima apresentada.

Breve, pois, neste trabalho, não buscamos nos debruçar profundamente sobre a matéria do Processo Civil mas demonstrar se é possível, e com qual fundamento, a antecipação da proibição de contratar com o Poder Público.

Em se tratando da distinção realizada com base no conteúdo que pode ser tutelado, a tutela satisfativa, na lição de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitideiro¹¹² é aquela que pode “[...] desde logo viabilizar a realização e a fruição do direito pela parte [...]”, ao passo que a tutela cautelar é aquela que pode “[...] assegurar que essa fruição tenha condições de eventual e futuramente ocorrer [...]”.

Daniel Amorim Assumpção Neves¹¹³ vai além ao afirmar que:

[...] A tutela cautelar garante para satisfazer e a tutela antecipada satisfaz para garantir. O objeto da tutela cautelar é garantir o resultado final do processo, mas essa garantia na realidade prepara e permite a futura satisfação do direito. A tutela antecipada satisfaz, faticamente, o direito e, ao fazê-lo, garante que o futuro resultado do processo seja útil à parte vencedora. A presença de garantia e satisfação em ambas serve para explicar a frequente confusão em sua distinção, o que inclusive levou o legislador a prever, expressamente, a fungibilidade entre elas (art. 305, parágrafo único, do CPC).

Neste ponto, cumpre ressaltar que a tutela cautelar, no novo Código de Processo Civil, é dotada de atipicidade. Para melhor elucidar este tema, confira-se a tese apresentada por André Luiz Bäuml Tesser¹¹⁴:

A norma positivada no art. 301 representa uma mudança de direção em relação ao CPC/1973, que expressamente previa uma série de *procedimentos cautelares específicos*, no Capítulo II do Livro III, que, em verdade, nada mais eram do que meras formas executivas diversas de efetivação da tutela cautelar. Justamente por isso, algumas medidas que eram previstas como *procedimentos cautelares específicos* no CPC/1973 foram repetidas a título de exemplos de

¹¹² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDEIRO, Daniel. Novo Código de Processo Civil Comentado. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 376.

¹¹³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Código de Processo Civil Comentado: artigo por artigo. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019, p. 506.

¹¹⁴ TESSER, André Luiz Bäuml. ARTS. 300 A 3004. In: TUCCI, José Rogério Cruz e et al (Org.). Código de Processo Civil Anotado. 2. ed. Rio de Janeiro: Lmj Mundo Jurídico, 2017. p. 441.

meios executivos para efetivação da tutela cautelar, como arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bens, registro de protesto contra alienação de bem. Importa ressaltar que o legislador, todavia, expressamente consagrou a ideia da *atipicidade dos meios executivos* ao estabelecer que pode ser adotada “qualquer outra medida idônea para asseguuração do direito”.

Destaca-se que Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero¹¹⁵ lecionam que a tutela satisfativa pode ser fundada na urgência ou na evidência, enquanto a tutela cautelar se fundamenta, apenas, na urgência.

De outra banda, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira¹¹⁶ compreendem que existem raras exceções nas quais a tutela de evidência possa ser dotada de caráter cautelar, apresentando como exemplo disto o artigo 7º da Lei de Improbidade Administrativa.

Nossa opinião acerca deste tema será apresentada no momento em que formos tratar da tutela específica do artigo 7º da Lei de Improbidade Administrativa.

Em relação à dimensão dos pressupostos autorizadores da concessão da tutela temos que a tutela de evidência, para nós, não é de grande importância, uma vez que ao tema estudado (antecipação da proibição de contratar com o Poder Público) pensamos ser imprescindível a demonstração do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, caso contrário abriríamos espaço para concessão arbitrária da antecipação desta sanção, o que não se coaduna com o objetivo que buscamos demonstrar e, por isso, a analisaremos superficialmente.

O Código de Processo Civil de 2015 regula a tutela de evidência no artigo 311, que possui a seguinte redação:

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

¹¹⁵ Op. cit., p. 377

¹¹⁶ Op. cit., p. 694

III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

Daniel Amorim Assumpção Neves¹¹⁷ define a tutela de evidência da seguinte forma:^{e3}

A tutela provisória da evidência é independente de existência de perigo do tempo, sendo fundamentada tão somente na grande probabilidade de o direito alegado pela parte existir. Essa probabilidade de o direito existir é tipificada pela lei, que prevê o cabimento dessa espécie de tutela provisória de forma específica no art. 311 do CPC e em outras passagens esparsas, como na liminar possessória e no mandato monitorio.

De outro lado, há a tutela de urgência, de maior relevância para o tema estudado.

Daniel Amorim Assumpção Neves¹¹⁸ define a tutela de urgência como sendo:

[...] aquela que resolve uma crise do perigo do tempo, ou seja, trata-se de tutela que só será concedida se o juiz estiver convencido que, se tiver que esperar para tutelar definitivamente a parte, tal tutela será ineficaz e/ou o seu direito terá perecido. Trata-se do clássico requisito do tempo – necessário para a concessão da tutela definitiva – como inimigo da efetividade dessa tutela.

Esse autor¹¹⁹ adota posicionamento igual ao de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitideiro¹²⁰, ao versar que a tutela de urgência é dividida em tutela cautelar e tutela antecipada (satisfativa). Esta interpretação é fundamentada pela redação do artigo 294, parágrafo único, do Código de Processo Civil¹²¹.

Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira¹²² afirmam que, além da tutela satisfativa e da tutela cautelar, a tutela de urgência compreende a tutela inibitória, a tutela reintegratória e a tutela ressarcitória.

¹¹⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Código de Processo Civil Comentado: artigo por artigo. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019, p. 506

¹¹⁸ Ibidem, p. 505-506

¹¹⁹ Op. cit., p. 506.

¹²⁰ Op. cit., p. 377

¹²¹ Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.

Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.

¹²² P. 724-725.

Neste ponto, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitideiro¹²³ classificam a tutela inibitória, tutela reintegratória e tutela ressarcitória como tutelas satisfativas.

Os elementos da tutela satisfativa e da tutela cautelar foram apresentados anteriormente.

Já, com base no magistério de Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira¹²⁴ a tutela inibitória “[...] é aquela que tem por fim evitar a ocorrência de um ato contrário ao direito ou impedir sua continuação”; a tutela reintegratória é “[...] aquela predisposta à remoção de um ilícito já praticado, visando impedir sua repetição ou continuação”; e a tutela ressarcitória é aquela que “[...] pressupõe um dano já consumado” e, assim, é utilizada para pleitear o “[...] ressarcimento imediato do prejuízo causado”.

A concessão da tutela de urgência, por força do *caput* do artigo 300, do Código de Processo Civil¹²⁵ depende da presença de “elementos que evidenciem a probabilidade do direito” e o “perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo”.

Neste ponto, Fredie Didier Jr., Paulo Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira¹²⁶ afirmam que a concessão da tutela de urgência, antecipada ou cautelar:

[...] pressupõe, genericamente, a demonstração da probabilidade do direito (tradicionalmente conhecida como “*fumus boni iuris*”) e, junto a isso, a demonstração do perigo de dano ou de ilícito, ou ainda do comprometimento da utilidade do resultado final que a demora do processo representa (tradicionalmente conhecido como “*periculum in mora*”) (art. 300, CPC).

Percebe-se, assim, que “a redação do art. 300, *caput*, superou a distinção entre os requisitos da concessão para a tutela cautelar e para a tutela satisfativa de urgência, erigindo a probabilidade e o perigo na demora a requisitos comuns para a prestação de ambas as tutelas de forma antecipada” (enunciado n. 143 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

Ainda com base nestes autores¹²⁷, o *fumus boni iuris* é a “[...] plausibilidade de existência [...]” do direito que se busca ser reconhecido provisoriamente. Esta

¹²³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDEIRO, Daniel. Novo Código de Processo Civil Comentado. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 389-390

¹²⁴ Op. cit., p. 724-725

¹²⁵ Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

¹²⁶ Op. cit., p. 719-720

¹²⁷ Ibidem., 721-722.

plausibilidade, segundo a obra citada, consiste na presença simultânea da “verossimilhança fática” do alegado (reconhecida pelo “[...] considerável grau de plausibilidade em torno da narrativa dos fatos trazida pelo autor”) e da “plausibilidade jurídica” (caracterizada pela “[...] verificação de que é provável a subsunção dos fatos à norma invocada, conduzindo aos efeitos pretendidos”).

José Miguel Garcia Medina¹²⁸ complementa, afirmando que, em relação ao requisito do *fumus boni iuris*:

[...] Pode-se mesmo dizer que, mercê da urgência, contenta-se com a probabilidade do direito (ou – o que é dizer o mesmo – quanto maior a urgência, menos exigirá, quanto à probabilidade de existência do direito, cf. se diz *infra*); sob outro ponto de vista, contudo, esta probabilidade é vista como requisito, no sentido de que a parte deve demonstrar, no mínimo, que o direito afirmado é provável (e mais se exigirá, no sentido de se demonstrar que tal direito provavelmente existe, quanto menor for o grau de *periculum*, cf. se procura demonstrar *infra*). A esse direito aparente ou muito provável costuma-se vincular a expressão *fumus boni iuris*.

Por sua vez, o requisito do *periculum in mora* previsto no *caput* do artigo 300 do Código de Processo Civil, com fundamento no magistério de Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira¹²⁹, é melhor compreendido como perigo da demora, e não como perigo de “dano ou risco ao resultado útil do processo”, pois, na visão dos autores, “[...] nem sempre há necessidade de risco de dano (art. 497, par. ún., CPC)”, e a tutela de urgência não possui o condão de resguardar o resultado útil do processo e, sim, para resguardar o próprio direito material (quando analisada sob a ótica da tutela de urgência cautelar).

Os autores¹³⁰ seguem complementando que:

[...] o que justifica a tutela provisória de urgência é aquele perigo de dano: *i) concreto* (certo), e, não, hipotético ou eventual, decorrente de mero temor subjetivo da parte; *ii) atual*, que está na iminência de ocorrer, ou esteja acontecendo; e, enfim, *iii) grave*, que seja de grande ou média intensidade e tenha aptidão para prejudicar ou impedir a fruição do direito.

Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira¹³¹ afirmam, ainda, que o dano, apto a caracterizar o perigo da demora, deve ser irreparável ou de difícil reparação. Dano irreparável, com fundamento na obra citada, é “[...] aquele cujas

¹²⁸ MEDINA, José Miguel Garcia. Novo Código de Processo Civil Comentado. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.497-498.

¹²⁹ Op. cit. p. 722-723

¹³⁰ Idem, p. 723

¹³¹ Idem, p. 723

consequências são irreversíveis”, enquanto dano de difícil reparação é “[...] aquele que provavelmente não será ressarcido, seja porque as condições financeiras do réu autorizam supor que não será compensado ou restabelecido, seja porque, por sua própria natureza, é complexa sua individualização ou quantificação precisa [...]”.

Estes autores ¹³² finalizam afirmando que “[...] o deferimento da tutela provisória somente se justifica quando não for possível aguardar pelo término do processo para entregar a tutela jurisdicional, porque a demora do processo pode causar à parte um dano irreversível ou de difícil reversibilidade”, e que “[...] o receio que justifica a tutela provisória nem sempre se refere a um dano (irreparável ou de difícil reparação). Este temor pode dizer respeito ao advento de um ato contrário ao direito (ilícito)”.

Temos, ainda, por força do parágrafo 3º, do artigo 300, do Código de Processo Civil, que, à tutela de urgência de natureza antecipada exige-se, ainda, o requisito de reversibilidade dos efeitos da decisão.

Em relação a este requisito específico, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitideiro ¹³³ afirmam que:

No exato momento em que o art. 300, §3.º, CPC, veda a concessão de antecipação da tutela quando “houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão”, ele vai à contramão da lógica do provável que preside a tutela provisória. Justamente por essa razão, tendo a técnica antecipatória o objetivo de combater o perigo na demora capaz de produzir um ato ilícito ou um fato danoso – talvez irreparável – ao direito provável, não há como não admitir a concessão dessa tutela sob o simples argumento de que ela pode trazer um prejuízo irreversível ao réu. Seria como dizer que o direito provável deve sempre ser sacrificado diante da possibilidade de prejuízo irreversível ao direito improvável – o que é obviamente um contrassenso.

Apesar da redação do dispositivo citado, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira ¹³⁴ compreendem que este requisito deve ser relativizado para que, assim, seja preservado o instituto da tutela de urgência antecipada ¹³⁵, de modo que o juiz deve, observando as circunstâncias do caso concreto e com fundamento no

¹³² Op. cit., 724-725

¹³³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDEIRO, Daniel. Novo Código de Processo Civil Comentado. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 395-396

¹³⁴ Op. cit., p. 725-728

¹³⁵ Isto se coaduna com o disposto no enunciado n. 419 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (Não é absoluta a regra que proíbe tutela provisória com efeitos Irreversíveis) e no enunciado n. 40 das Jornadas de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal (A irreversibilidade dos efeitos da tutela de urgência não impede sua concessão, em se tratando de direito provável, cuja lesão seja irreversível)

princípio da proporcionalidade, afastar, ou não, a exigência do artigo 300, §3º, do Código de Processo Civil.

Por força do artigo 300, §2º, do Código de Processo Civil, a tutela de urgência pode ser concedida liminarmente (o que, na lição de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitideiro¹³⁶, é o mesmo que dizer “[...] sem que se tenha citado a parte contrária – *inaudita altera parte*”) e, nesse caso, “[...] o contraditório tem de ser postergado para o momento posterior à concessão da tutela”), ou após justificação prévia (que, ainda segundo os mesmos autores¹³⁷, depende da oitiva da parte contrária).

Resta, agora, analisar a tutela provisória sob a dimensão do momento em que ela é pleiteada.

A tutela provisória pode ser requerida em caráter antecedente, ou seja, antes da propositura da ação principal, ou em caráter incidental (no bojo da ação principal).

No magistério de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitideiro¹³⁸, a tutela de evidência poderá ser prestada, apenas, de forma incidental.

De outra banda, a tutela de urgência pode ser requerida de forma incidental ou de forma antecedente.

A peculiaridade está no requerimento realizado de forma antecedente. Se a tutela de urgência pleiteada em caráter antecedente tiver natureza antecipada, observará o disposto nos artigos 303 e 304, e, se tiver natureza cautelar, observará o disposto nos artigos 305 a 310, todos do Código de Processo Civil.

Na tutela antecipada requerida em caráter antecedente, o autor apresenta petição inicial formulando o pedido de concessão de tutela provisória e indicando o pedido final da ação principal, com “[...] a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo” (conforme se depreende do artigo 303, *caput*, do do Código de Processo Civil), com manifestação de pretensão, ou não, de ver os efeitos da tutela estabilizados (artigo 303, § 5º, do referido Código).

¹³⁶ Op. cit., p. 395

¹³⁷ Ibidem, p. 395

¹³⁸ Ibidem, p. 389.

Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitideiro¹³⁹ apresentam de maneira sucinta e coesa o procedimento desta tutela requerida em caráter antecedente, confira:

Concedida a tutela antecipada na forma antecedente, tem o autor o ônus de aditar a petição inicial com a complementação da sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em quinze dias ou em outro prazo que o juiz fixar (art. 303, § 1.º, I, CPC). O aditamento da petição inicial dar-se-á nos mesmos autos, sem incidência de novas custas processuais (art. 303, § 3.º, CPC). Não realizado o aditamento, o processo será extinto sem resolução do mérito (art. 303, § 2.º, CPC). Realizado o aditamento, o réu será citado para a audiência de conciliação ou mediação (art. 334, CPC). Não havendo autocomposição, começará a fluir o prazo para contestação (art. 335, CPC). Não concedida a tutela antecipada, o órgão jurisdicional determinará o aditamento da petição inicial em até cinco dias. Não sendo aditada, a petição inicial será indeferida e o processo extinto sem a resolução do mérito (art. 303, § 6.º, CPC). O legislador fala em emenda à petição inicial. É certo, porém, que não se trata propriamente de emenda à petição inicial que se refere o art. 321, CPC: trata-se de aditamento da petição inicial a fim de que o processo, em sendo o caso, desenvolva-se regularmente. Em suma: é o aditamento a que se refere o art. 303, § 1.º, I, CPC.

A tutela antecipada requerida em caráter antecedente possui uma peculiaridade a ela exclusiva, que é a figura da estabilização da tutela. Em relação a esta figura, Daniel Amorim Assumpção Neves¹⁴⁰ afirma que:

O art. 304 do CPC introduz no sistema a maior e mais relevante novidade quanto à tutela provisória: a estabilização da tutela antecipada. Nos termos do *caput* do dispositivo legal, a tutela antecipada concedida de forma antecedente se estabiliza se não for interposto pelo réu recurso contra a decisão concessiva de tutela antecipada (Enunciado 130 da II Jornada de Direito Processual Civil do CJF: “É possível a estabilização de tutela antecipada antecedente em face da Fazenda Pública”). Há, entretanto, exceções, não sendo admissível a estabilização de tutela antecipada concedida de forma antecedente à ação rescisória (Enunciado 43 da I Jornada de Direito Processual Civil do CJF)

Já, se a tutela pleiteada em caráter antecedente tiver natureza cautelar, segue o rito do artigo 305 do Código de Processo Civil. Neste giro, o autor deve, na petição inicial, indicar a lide e seu fundamento, e realizar a “exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo” (art. 305, *caput*, do Código de Processo Civil).

¹³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDEIRO, Daniel. Novo Código de Processo Civil Comentado. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 386

¹⁴⁰ Op. cit., p. 533

O réu é citado para contestar o pedido, no prazo de 5 dias (artigo 306, CPC), se não contestar configurar-se-á a revelia (art. 307, *caput*, CPC) e, se contestar, a ação seguirá o procedimento comum (art. 307, par. ún. CPC).

Com a efetivação da tutela cautelar, é iniciado o procedimento previsto no artigo 308 do Código de Processo Civil, que é resumido com maestria por Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitideiro¹⁴¹, confira:

O pedido de tutela satisfativa será apresentado nos mesmos autos em que deduzido o pedido de tutela cautelar, não dependendo do adiantamento de novas custas processuais (art. 308, CPC). Refere o legislador que a causa de pedir poderá ser aditada no momento da formulação do pedido principal (art. 308, § 2.º, CPC). É preciso perceber, porém, que rigorosamente, a parte tem o ônus de aditar a causa de pedir, na medida em que as razões que autorizam a concessão da tutela cautelar como regra não autorizam igualmente a concessão da tutela satisfativa. A lide cautelar não se confunde com a lide satisfativa. Apresentado o pedido principal, as partes serão intimadas para audiência de conciliação ou de mediação (art. 334, CPC), por seus advogados ou pessoalmente, sem necessidade de nova citação do réu. Não havendo autocomposição, fluirá o prazo para contestação (art. 335, CPC).

Como o tema deste trabalho é demonstrar a possibilidade, ou não, da concessão de tutela provisória que determine a proibição de contratar com o Poder Público em ações de improbidade, desarrazoada se mostra a demonstração exaustiva da tutela de urgência requerida em caráter antecedente.

Aproveitando a análise da tutela provisória no âmbito do Código de Processo Civil, pensamos ser relevante abordar, ainda que não seja de maneira exaustiva, o poder geral de cautela do Magistrado.

Este poder geral de cautela encontra previsão no *caput* do artigo 297, do Código de Processo Civil¹⁴² e, com fundamento em voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio Bellizze, em ocasião do julgamento do Recurso Especial 1.604.051/BA, publicado em 11/09/2019, é definido da seguinte forma:

O poder geral de cautela é atribuído ao Poder Judiciário com o intuito de instrumentalizar a prestação jurisdicional com ferramentas aptas, senão a eliminar, a mitigar os efeitos excepcionais decorrentes da demora natural da tramitação processual. Modernamente, é reconhecido como direito

¹⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDEIRO, Daniel. Novo Código de Processo Civil Comentado. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 390-391.

¹⁴² Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.

Parágrafo único. A efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber

fundamental dos litigantes, decorrente da inafastabilidade da jurisdição e de sua necessária celeridade.

Seu exercício, contudo, não é ilimitado, devendo observar os requisitos para deferimento de medidas excepcionais, em cada caso, quais sejam, a existência do perigo de dano (pericimento), a ameaça de lesão a direito evidente (*fumus boni iuris*) decorrente da demora natural do processo (*periculum in mora*) e a ausência de impossibilidade de reversão da medida. Esta última, poderá ainda ser mitigada quando estiver em risco de perecimento direito de densidade manifestamente superior.

Assim, as medidas determinadas a partir do exercício do poder geral de cautela estão intimamente vinculadas a situações fáticas e circunstanciais que, em regra, perduram tão somente durante o prazo de duração do processo. São, por essa razão, medidas temporárias e dependentes da manutenção da situação fática tomada em consideração no momento de sua concessão. Desse modo, não fazem coisa julgada e podem ser reapreciadas, modificadas e mesmo revogadas, sempre que houver alteração naquele substrato fático fundamental.

A efetivação da tutela provisória encontra previsão no parágrafo único do artigo 297, do Código de Processo Civil, e, em relação a este dispositivo, Daniel Amorim Assumpção Neves¹⁴³ afirma que, apesar do dispositivo legal prever o termo efetivação da tutela provisória:

[...] O termo efetivação na realidade significa execução da tutela, que não dependerá de processo autônomo, desenvolvendo-se por mera fase procedimental.

O parágrafo único do art. 297 do CPC prevê expressamente que a efetivação da tutela provisória é realizada por meio de cumprimento de sentença provisório (Enunciado 38 da I Jornada de direito processual civil do CJF: “As medidas adequadas para efetivação da tutela provisória independem do trânsito em julgado, inclusive contra o Poder Público (art. 297 do CPC)”). Mesmo que não houvesse essa expressa previsão, não restaria dúvida de que a execução da decisão que concede a tutela antecipada é provisória, porque a decisão executada é provisória, podendo ser revogada ou anulada com o advento da coisa julgada material. Mas a utilização da expressão “no que couber” permite ao juiz, do caso concreto, deixar de aplicar regras procedimentais da execução provisória que se mostrarem contraproducentes à efetivação da tutela antecipada.

Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitideiro¹⁴⁴ sustentam que:

A decisão oriunda do emprego de técnica antecipatória – satisfativa ou cautelar – tem de ser efetivada por medidas “adequadas”. A primeira questão que o legislador coloca é a da adequação da técnica executiva, isto é, da idoneidade do meio escolhido para promoção do fim almejado. Em outras palavras, a técnica executiva tem que ser idônea para a tutela do direito. Apenas depois de selecionados os meios adequados disponíveis para a tutela é que é possível

¹⁴³ Op. cit., p.296-297

¹⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDEIRO, Daniel. Novo Código de Processo Civil Comentado. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.380

perguntar quais desses meios implica menos restrição possível à esfera jurídica do demandado. Isso porque, diante do princípio constitucional da liberdade, que constitui um dos fins do Estado Constitucional, a esfera jurídica do demandado tem de ser invadida pelo cumprimento da decisão provisória apenas na medida do necessário. [...] O custo a técnica executiva, em suma, tem de ser proporcional em relação à tutela do direito (arts. 8.º e 297, CPC). É claro que para aferição da adequação da técnica executiva o juiz deve se valer das técnicas processuais preordenadas ao cumprimento da sentença (art. 297, parágrafo único, CPC). Tem-se que ter presente, porém, duas coisas: i) quando a técnica antecipatória é fundada na urgência e visa à obtenção de uma tutela ressarcitória, a técnica expropriatória prevista para tanto é evidentemente inadequada, na medida em que a urgência é incompatível com o rito expropriatório; e ii) as normas processuais ligadas ao cumprimento da sentença são aplicáveis no que couber. Não é por acaso que primeiro o legislador fala em adequação da técnica executiva para a tutela do direito: se apenas técnicas adequadas podem servir para tutela dos direitos, então é imprescindível a consideração da situação concreta de urgência ou de evidência para que se possa promover uma efetivação tutela do direito mediante a técnica antecipatória. Em um sistema atípico de técnica executiva, os postulados da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito devem estruturar argumentativamente o emprego da técnica executiva a fim de que o poder judicial da escolha da técnica possa ser intersubjetivamente controlável (arts. 8.º e 297, CPC).

Nesta senda, temos que o Magistrado pode, com fundamento no poder geral de cautela (*caput* do artigo 297, do Código de Processo Civil), aplicar medidas cautelares atípicas para resguardar o direito material que se busca obter como provimento jurisdicional final.

E, mais, que a efetivação das tutelas provisórias segue, no que couber, o rito do cumprimento provisório de sentença (artigo 297, par. ún. e artigo 519, do Código de Processo Civil).

3.2. A tutela provisória na Lei de Ação Civil Pública.

Antes de prosseguirmos com a análise dos demais itens deste capítulo, cumpre salientar que o Código de Processo Civil é aplicável no que não contrariar as disposições de Lei específica (art. 19, Lei de Ação Civil Pública e princípio da *lex specialis derogat legi generali*).

Em se tratando de tutela provisória, o Código de Processo Civil é aplicável, respeitando as peculiaridades, à Lei de Ação Civil Pública, ao Código de Defesa do Consumidor e à Lei de Improbidade Administrativa, que serão tratados em itens próprios.

No mesmo sentido, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. afirmam que:

A tutela provisória nos processos coletivos não apresenta peculiaridades que justifiquem uma revisão, neste momento, da teoria sobre o assunto: ela segue, em regra, os pressupostos e fundamentos gerais aplicáveis ao processo individual [...].

Passando à análise específica da tutela provisória na Lei de Ação Civil Pública, este diploma legal prevê, em seu artigo 4º, a possibilidade de ajuizar ação cautelar (hoje tratada como medida cautelar antecedente); em seu artigo 11, tutelas provisórias específicas para ações que tenham por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer; e, em seu artigo 12, a possibilidade de concessão de mandado liminar.

Nesta linha, Araken de Assis¹⁴⁵ assevera que:

É admissível a decretação de medida de urgência cautelar antecedente (art. 4º da Lei 7.347/1985) ou incidentalmente na ação civil pública, bem como medidas de urgência satisfativas, a teor do art. 12, *caput*, da Lei 7.347/1985, inclusive quanto obrigações de fazer ou de não fazer (art. 11 da Lei 7.347/1985), ensejando a aplicação subsidiária da tutela provisória, com já se entendia no direito anterior. Os bens tutelados na ação civil pública não poderiam ficar desprotegidos ou insuscetíveis à realização antecipada. Liminares na ação civil pública não se mostram inevitavelmente cautelares, porque o objeto litigioso visa à “proteção” de bens sociais.

Em relação ao artigo 4º da Lei de Ação Civil Pública, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.¹⁴⁶ dizem que:

Embora mencione expressamente a tutela cautelar, a redação do dispositivo não dá margem à dúvida: não se trata de tutela cautelar, mas, sim, de *tutela satisfativa, que, no caso, é inibitória*, pois visa exatamente obter providência judicial que impeça a prática de ato ilícito e, por consequência, a ocorrência de um dano (art. 497, par. ún., CPC); a tutela inibitória independe de dano e de verificação de dolo ou culpa.

A menção à tutela cautelar justifica-se historicamente, tendo em vista que, à época, em razão de ausência de texto normativo que permitisse a concessão de tutela provisória satisfativa (antecipação de tutela, generalizada em 1994, como visto), o uso da *ação cautelar satisfativa, com finalidade inibitória*, era aceito pela jurisprudência.

Não obstante isso, obviamente é possível a concessão de tutela cautelar no âmbito do processo coletivo, nos termos dos arts. 300 e segs. do CPC.

¹⁴⁵ ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro*, volume II: parte geral: institutos fundamentais: tomo 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 555-556.

¹⁴⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. V. 4, p. 417.

Temos, portanto, que, apesar da redação do dispositivo mencionado, não há nenhum óbice à concessão da tutela provisória em caráter incidental na ação civil pública¹⁴⁷.

Por sua vez, o artigo 11 da Lei de Ação Civil Pública estabelece que:

Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.

Este dispositivo será analisado em conjunto com o artigo 12 da Lei de Ação Civil Pública, cuja redação é a que segue:

Art. 12. Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo.

§ 1º A requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, poderá o Presidente do Tribunal a que competir o conhecimento do respectivo recurso suspender a execução da liminar, em decisão fundamentada, da qual caberá agravo para uma das turmas julgadoras, no prazo de 5 (cinco) dias a partir da publicação do ato.

§ 2º A multa cominada liminarmente só será exigível do réu após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento.

Ao analisar a tutela provisória na Lei de Ação Civil Pública, Geisa Rodrigues¹⁴⁸ afirma que:

A tutela de urgência na ação civil pública pode ter natureza cautelar ou de antecipação de tutela. Essa foi uma inovação introduzida em 1985 diante da natureza dos direitos tutelados por esta ação, que muitas vezes não são efetivamente reparáveis após a lesão, como ocorre em sede de proteção ambiental. Do mesmo modo, a tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer, prevista no artigo 11 da Lei 7.347/1985 e posteriormente reforçada no art. 84 do Código de Defesa do Consumidor, foi fundamental, uma vez que a conversa o em perdas e danos das obrigações de fazer e de não fazer na tutela dos direitos transindividuais se configura uma verdadeira denegação de justiça, ensejando consolidação da lesão perpetrada.

¹⁴⁷ Neste sentido: REsp 469366 / PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 02/06/2003

¹⁴⁸ RODRIGUES, Geisa. Ações Constitucionais; coordenação André Ramos Tavares, José Carlos Francisco. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2014. P. 198

Como é cediço, boa parte desses direitos é de índole extrapatrimonial, ou seja, não pode ser reduzido a uma expressão econômica, e a tutela específica é a mais adequada para tornar a garantia plenamente funcional. O juiz foi dotado de um papel ativo, podendo fixar medidas coercitivas de ofício. [...]

A interpretação conjugada dos artigos 11 e 12 da Lei de Ação Civil Pública nos autoriza afirmar que ao Magistrado é permitida adoção das medidas necessárias para atingir a proteção dos direitos objeto de resguardo pela Lei de Ação Civil Pública.

Na atual conjuntura processual civil brasileira, temos que o termo “mandado liminar” utilizado na redação do artigo 12, da Lei de Ação Civil Pública, compreende a tutela de urgência, tanto em caráter cautelar quanto em caráter antecipado, e a tutela de evidência, nos casos que couber, uma vez que esta também é dotada de natureza satisfativa, conforme anteriormente mencionado.

Como mencionado no início deste item, a concessão da tutela provisória, nos moldes da Lei de Ação Civil Pública, depende, ainda, da demonstração dos elementos específicos apresentados pelo Código de Processo Civil, quais sejam, a demonstração do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* (para a tutela de urgência) ou dos requisitos necessários à concessão da tutela de evidência.

No mais, os casos previstos em lei que limitam a concessão da tutela provisória (como, por exemplo, o artigo 2º, da Lei 8.437/1992 e o artigo 562, do CPC) não serão analisados, pois dizem questão à concessão da tutela em detrimento do Poder Público, que não é caso de análise do presente estudo.

Salienta-se que os dispositivos da Lei de Ação Civil Pública são perfeitamente aplicáveis às ações que combatem atos de improbidade administrativa, porquanto estas são propostas sob a égide deste remédio constitucional, conforme pacífica jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça¹⁴⁹.

3.3. A tutela provisória no Código de Defesa do Consumidor.

¹⁴⁹ AgInt nos EDcl no AREsp 437764 / SP, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 12/03/2018

Por força do artigo 21, da Lei de Ação Civil Pública, “aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”.

A importância do Código de Defesa do Consumidor para as ações coletivas é tanta que Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. sustentam que com a sua edição:

[...] criou-se a novidade de um *microsistema processual para as ações coletivas*. No que for compatível, seja a ação popular, a ação civil pública, a ação de improbidade administrativa e mesmo o mandado de segurança coletivo, aplica-se o Título III do CDC. Dessa ordem de observações fica fácil determinar, pelo menos para as finalidades práticas que se impõe, que o diploma em enfoque se tornou um verdadeiro “Código Brasileiro de Processos Coletivos” um “ordenamento processual geral” para a tutela coletiva.

A comunicação entre as normas do Código de Defesa do Consumidor com as normas do Código de Processo Civil e da Lei de Ação Civil Pública encontra previsão no artigo 90 do primeiro Código citado¹⁵⁰.

Posto isto, as tutelas provisórias encontram previsão nos artigos 83 e 84 do Código de Defesa do Consumidor, que possuem a seguinte redação:

Art. 83. 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.

Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa (art. 287, do Código de Processo Civil).

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu.

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do § 3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca

¹⁵⁰ Art. 90. Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições.

e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.

Em relação a estes dispositivos, buscaremos respaldo nos comentários dos próprios autores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor.

Kazuo Watanabe¹⁵¹ afirma, em relação ao artigo 83, que:

A chamada *ação mandamental*, de que é exemplo a ação de mandado de segurança, constitui um exemplo dessa evolução. Não se confunde ela, embora as inegáveis semelhanças, com a ação condenatória (cf. considerações anteriormente desenvolvidas no item 5 das “Disposições Gerais” e respectiva nota de rodapé nº 6). Esta dá origem ao título executivo que, em não sendo cumprida a condenação espontaneamente pelo demandado, possibilitará o acesso a uma outra ação, de execução *ex intervallo*. Já na *ação mandamental* é o próprio juiz que, através da expedição de ordens, que se descumpridas farão configurar o crime de desobediência, e de realização por ele de atos materiais (como o fechamento de um estabelecimento comercial ou industrial, ou a cessação efetiva da publicidade enganosa, se necessário, com impedimento da circulação do veículo de publicidade, da interrupção da veiculação de um anúncio pela televisão etc., ou ainda a retirada do mercado, com uso de força policial, se necessário, de produtos e serviços danosos à vida, saúde e segurança dos consumidores), é o próprio magistrado – repita-se – que praticará todos os atos necessários para que o comando da sentença seja cumprido de modo específico.

É nesse sentido que deve ser interpretado o art. 83, quando nele se afirma que, em defesa dos direitos e interesses dos consumidores, são “admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”.

Prosseguindo com os comentários, Kazuo Watanabe¹⁵² abre um ponto específico para fundamentar a integração entre os artigos 83 e 84 do Código de Defesa do Consumidor, aqui objeto de estudo, no qual sustenta que:

O dispositivo, como ficou ressaltado nas considerações feitas, completa o art. 83, conferindo aos consumidores a tutela jurídica processual específica e adequada de todos os direitos consagrados no Código.

O legislador deixa claro que, na obtenção da tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer, o que importa, mais do que a conduta do devedor, é o resultado prático protegido pelo Direito. E para obtenção dele, o juiz deverá determinar todas as providências e medidas legais e adequadas ao seu alcance, inclusive, se necessário, a modificação do mundo fático, por ato próprio e de seus auxiliares, para conformá-lo ao comando emergente da sentença. Impedimento de publicidade enganosa, inclusive com o uso da força policial, se necessário, retirada do mercado de produtos e serviços danosos à vida, saúde e segurança dos consumidores, e outros atos mais que conduzam à tutela específica das obrigações de fazer ou não fazer.

¹⁵¹ WATANABE, Kazuo. Arts. 81 a 90. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al (Org.). Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 858.

¹⁵² Ibidem., 861-862

Outra matéria a nós relevante é possibilidade de concessão de mandado liminar, prevista no artigo 84, § 3º, Código de Defesa do Consumidor, sobre o qual Kazuo Watanabe¹⁵³ formula a seguinte observação:

A ação especial terá rito ordinário após a contestação, como é de regra no sistema processual brasileiro, mas admite a concessão da medida liminar de plano ou após justificação prévia, devendo nesta última hipótese ser citado o réu. Os pressupostos para a antecipação do provimento definitivo são a relevância do fundamento da demanda e o justificado receio de ineficácia do provimento final.

Por fim, o último ponto que é de crucial importância para este trabalho, pois trata do tema de tutela provisória, é o previsto no artigo 84, § 5º, que confere, no âmbito do processo coletivo, poder geral de cautela ao Magistrado (de igual maneira como o Código de Processo Civil faz em seu artigo 297, *caput*).

Em relação ao disposto neste dispositivo, Kazuo Watanabe¹⁵⁴ afirma que:

Pensemos, por exemplo, no dever legal não poluir (obrigação de não fazer). Descumprida, poderá a obrigação de não fazer ser sub-rogada em obrigação de fazer (v.g., colocação de filtro, construção de um sistema de tratamento de efluente etc.) e descumprida esta obrigação sub-rogada de fazer poderá ser novamente convertida, desta feita em outra de não fazer, como a de cessar a atividade nociva. A execução desta última obrigação pode ser alcançada coativamente, inclusive através de atos executivos determinados pelo próprio juiz e atuados por seus auxiliares, inclusive com a requisição, se necessário, de força policial (§ 5º do art. 461). São meios sub-rogatórios que o juiz deverá adotar enquanto for possível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, em cumprimento ao mandamento contido no § 1º do artigo 461. Para isto, o juiz usará do poder discricionário que a lei lhe concede (fala o § 5º do art. 461 em determinação de ‘medidas necessárias’ para a tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente). A discricionariedade deve ser bem entendida. Não se trata de adoção arbitrária de qualquer medida, e sim apenas de medidas adequadas e necessárias (eis o parâmetro legal) à tutela específica da obrigação ou à obtenção do resultado equivalente.

Temos, então, que o sistema processual coletivo previsto no Código de Defesa do Consumidor conversa e se coaduna com as normas processuais aplicáveis às tutelas provisórias exaradas no Código de Processo Civil Brasileiro, sendo que em ambos os diplomas é conferido ao Magistrado o denominado “poder geral de cautela”, sendo possibilitada a adoção de medidas adequadas e necessárias para atingir o resultado pleiteado, seja com a concessão da tutela provisória ou com o provimento jurisdicional final.

¹⁵³ Op. cit., p. 862

¹⁵⁴ Ibidem, p. 865-866

3.4. Tutela provisória na Lei de Improbidade Administrativa.

A Lei de Improbidade Administrativa prevê três medidas específicas que podem ser aplicadas em sede de tutela provisória. São elas: a) a indisponibilidade de bens (artigo 7º¹⁵⁵); b) o sequestro de bens (artigo 16¹⁵⁶); e c) o afastamento do agente público do exercício do cargo (artigo 20, parágrafo único¹⁵⁷), porém, como será demonstrado no próximo capítulo, não há qualquer impedimento na concessão de medidas atípicas, sendo um exemplo disso a antecipação da proibição de contratar com o Poder Público.

Cumprе salientar que, apesar do artigo 17, § 7º, da Lei de Improbidade Administrativa prever a oportunidade de defesa prévia do requerido, a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça¹⁵⁸ é pacífica no sentido de que as medidas mencionadas podem ser deferidas em sede de liminar *inaudita altera parte*.

As medidas mencionadas são medidas cautelares típicas apresentadas pela Lei de Improbidade, de forma que a única que se mostra relevante ao tema deste estudo é a indisponibilidade de bens, pois buscamos aproveitar elementos a ela aplicáveis à antecipação da proibição de contratar com o Poder Público, portanto é dispensável um estudo aprofundado das demais medidas cautelares.

Começaremos o estudo individualizado com a indisponibilidade de bens.

¹⁵⁵ Art. 7º Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá a autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado.

Parágrafo único. A indisponibilidade a que se refere o caput deste artigo recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito.

¹⁵⁶ Art. 16. Havendo fundados indícios de responsabilidade, a comissão representará ao Ministério Público ou à procuradoria do órgão para que requeira ao juízo competente a decretação do seqüestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.

§ 1º O pedido de sequestro será processado de acordo com o disposto nos arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil.

§ 2º Quando for o caso, o pedido incluirá a investigação, o exame e o bloqueio de bens, constas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais.

¹⁵⁷ Parágrafo único. A autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar 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.

¹⁵⁸ AgInt no AREsp 720582 / MG, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 08/06/2018

Conforme anteriormente mencionado, esta medida constritiva encontra previsão no artigo 7º da Lei de Improbidade Administrativa, e, nas palavras de Araken de Assis¹⁵⁹:

[...] cuida-se de designação e forma particular de arresto. Realiza-se através de constrição do patrimônio do indiciado – indicação que a medida se viabiliza já na fase de inquérito civil – ou do réu. Todavia, a constrição é limitada: obedecerá ao princípio da suficiência, conforme dispõe o art. 7.º, parágrafo único, da Lei 8.429/1992, recaindo “sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito “. A indisponibilidade não representa medida inserida no poder geral de cautela. É providência típica (*retro*, 1.412). E se destina a garantir crédito pecuniário a ser constituído na sentença de procedência. Logo, o regime jurídico da indisponibilidade é o do arresto.

Ao versar sobre quais bens esta medida pode recair, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves¹⁶⁰ afirmam que:

Na visão de Marino Pazzaglini Filho, Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior, a indisponibilidade “significa impossibilidade de alienação de bens e pode se concretizar por diversas formas, tais sejam, o bloqueio de contas bancárias, aplicações financeiras, o registro da inalienabilidade imobiliária, etc.”. Nessa linha, quanto aos *imóveis* o mais importante é garantir a sua inalienabilidade, o que se materializa por intermédio da inscrição do ato judicial no respectivo Registro Imobiliário. Sendo assim, nada impede que o ímprobo (ou o *extraneus*) continue a exercer sua posse, a não ser que haja notícia concreta de dilapidação do bem. Quanto aos *móveis*, a princípio, nada impede, desde que se preste contas da administração ao magistrado, que o próprio requerido figure como depositário, o que, no entanto, deve ser visto com cautela em razão da maior facilidade de desvio de bens de tal natureza. Nesta hipótese, é de conveniência, a fim de conferir-se efetividade à medida, que o Juízo dê ao fato a devida divulgação, utilizando-se, inclusive, dos meios de comunicação social.

A indisponibilidade de bens, desta forma, busca garantir futura *execução por quantia certa* (a reparação do dano moral e patrimonial), assemelhando-se ao arresto do CPC de 1973, que também recaia sobre qualquer bem do patrimônio do devedor.

Continuando com a análise dos bens que podem ser objeto da medida prevista no artigo 7º, da Lei de Improbidade Administrativa, Araken de Assis¹⁶¹ e Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves¹⁶² entendem que os bens impenhoráveis (em especial a residência familiar) não podem ser atingidos pela indisponibilidade de bens aqui apresentada; contudo, Mauro Campbell Marques¹⁶³, seguindo a jurisprudência da Corte da

¹⁵⁹ ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro, volume II: parte geral: institutos fundamentais: tomo 2**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 559

¹⁶⁰ op. cit., p. 1103-1104

¹⁶¹ op. cit., p. 559

¹⁶² op. cit., p. 1107-1108

¹⁶³ MARQUES, Mauro Campbell (Org.). *Improbidade administrativa: temas atuais e controvertidos*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 251

Cidadania¹⁶⁴, defende a incidência desta medida constritiva sobre bens de família, ressaltando que:

O STJ ainda não se manifestou sobre a efetiva utilidade da indisponibilidade de bem de família em sede de ação civil de improbidade administrativa em razão da impenhorabilidade do bem. A Lei 8.009/1990 estabelece hipótese excepcional que permitiria o afastamento da impenhorabilidade do bem, todavia, a norma está relacionada à esfera penal, o que, em princípio, não autorizaria a aplicação em ação de natureza eminentemente civil.

Em relação aos demais bens considerados impenhoráveis, Mauro Campbell Marques¹⁶⁵ sustenta que:

O STJ tem afastado a possibilidade de que a indisponibilidade patrimonial incida sobre bens considerados absolutamente impenhoráveis por determinação legal, em especial os previstos no art. 649, IV, do Código de Processo Civil de 1973 (corresponde ao art. 833, IV, do CPC/2015). Assim, ao permitir o bloqueio de bens para garantir a utilidade da ação civil de improbidade, já ressaltou as verbas de caráter alimentar.

Em outro precedente, reiterou a exclusão da medida constritiva sobre bens não sujeitos à penhora, afastando a incidência sobre os proventos de aposentadoria do acusado da prática de ato de improbidade administrativa.

Outrossim, em importante debate travado na Corte da Cidadania, analisou-se a questão sobre a indisponibilidade de recursos oriundos de reclamatória trabalhista. Nesse julgado foi afirmado que

“verbas salariais, por serem absolutamente impenhoráveis, também não podem ser objeto da medida de indisponibilidade na Ação de Improbidade Administrativa, pois, sendo impenhoráveis, não poderão assegurar uma futura execução. (...) uso que o empregado ou o trabalhador faz de seu salário, aplicando-o em qualquer fundo de investimento ou mesmo numa poupança voluntária, na verdade, é uma defesa contra a inflação e uma cautela contra os infortúnios, de maneira que a aplicação dessas verbas não acarreta a perda de sua natureza salarial, nem a garantia de impenhorabilidade.”

No mais, ao analisar o objeto da constrição, Araken de Assis¹⁶⁶ afirma que:

[...] há outra distinção relevante: o fundamento da pretensão. Ela pode ser a reparação do dano ao erário ou do enriquecimento ilícito (art. 7.º, *caput* da Lei 8.429/1992). Cuidando-se de reparação do dano, o único limite é o montante do crédito, estimado, grosso modo, para obedecer à diretriz do art. 7.º, parágrafo único, da Lei 8.429/1992 (“(...) recairá sobre bens que assegurem o integral (...)”). Trata-se de simples aplicação do princípio da suficiência. Ao invés, no caso do enriquecimento ilícito, também se mostrará indispensável atender ao art. 6.º, da Lei 8.429/1992, que comina ao agente público ou ao beneficiário do ato de improbidade a perda dos bens ou dos valores acrescidos ao patrimônio. Tal significa que a constrição limitar-se-á aos bens acrescidos em razão do ilícito e, não, aos bens adquiridos anteriormente (v.g., através de sucessão universal). Os bens anteriores só podem ser objeto de constrição no caso da inexistência de acréscimo patrimonial, hipótese em que, havendo

¹⁶⁴ AgInt no REsp 1670672 / RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 19/12/2017

¹⁶⁵ Op. cit., p. 251

¹⁶⁶ Op. cit., p. 559-560

danos ao erário, quaisquer bens podem se tornar indisponíveis para expropriação futura. A jurisprudência prevalecente no STJ não distingue, porém, entre os bens adquiridos antes ou depois do ilícito. Corretamente, porque se cuida de constrição patrimonial genérica, dispensa-se a individualização dos bens na inicial.

A jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça¹⁶⁷ é, no entanto, firme no sentido de que esta constrição pode atingir, ainda, valores suficientes para assegurar o adimplemento de eventual condenação ao pagamento de multa civil.

Já em relação à natureza desta medida, a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça¹⁶⁸ é pacífica ao classificá-la como cautelar.

No entanto, Araken de Assis¹⁶⁹ considera que a indisponibilidade de bens é compreendida como tutela de urgência cautelar, ao passo que autores como Fredie Didier Jr. e Hermes Zanetti Jr.¹⁷⁰ e Mauro Campbell Marques¹⁷¹ defendem o enquadramento da indisponibilidade de bens como sendo uma rara exceção à tutela de evidência, definindo-a como tutela de evidência cautelar.

Esta divergência se dá, pois, ao passo que o requisito do *fumus boni iuris* é, indubitavelmente, necessário, o *periculum in mora*, conforme delimitado em sede de julgamento de Recursos Especiais Repetitivos (Tema 701)¹⁷²:

[...] encontra-se implícito no comando legal que rege, de forma peculiar, o sistema de cautelaridade na ação de improbidade administrativa, sendo possível ao juízo que preside a referida ação, fundamentadamente, decretar a indisponibilidade de bens do demandado, quando presentes fortes indícios da prática de atos de improbidade administrativa.

O requisito do *fumus boni iuris*, também conforme pacífica jurisprudência da Corte da Cidadania¹⁷³, é caracterizado pela demonstração de “[...] fortes indícios de cometimento de ato ímprobo causador de dano ao erário ou de enriquecimento ilícito”.

¹⁶⁷ REsp 1820170 / SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 14/10/2019

¹⁶⁸ REsp 1561496 / RN, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 17/09/2019

¹⁶⁹ Op. cit., p. 557

¹⁷⁰ Op. cit., p. 423-424

¹⁷¹ MARQUES, Mauro Campbell (Org.). Improbidade administrativa: temas atuais e controvertidos. Rio de Janeiro: Forense, 2016. P. 243-245

¹⁷² REsp 1366721 / BA, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. para Acórdão Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, DJe 19/09/2014

¹⁷³ AgInt no REsp 1308679 / RO, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. para Acórdão Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 04/02/2019

Diante desta situação, respeitado o entendimento em contrário, concordamos com a tese defendida por Mauro Campbell Marques e Fredie Didier Jr, conclusão que tem amparo na obra de Mauro Campbell Marques¹⁷⁴:

As medidas cautelares, em regra, como tutelas emergenciais, exigem para a sua concessão, o cumprimento de dois requisitos: o *fumus boni juris* (plausibilidade do direito alegado) e o *periculum in mora* (fundado receio de que a outra parte, antes do julgamento da lide, cause ao seu direito lesão grave ou de difícil reparação).

Ocorre que no caso da pretensão cautelar de indisponibilidade de bens, no âmbito da ação civil de improbidade administrativa, não se trata de uma típica tutela de urgência, como descrito acima, mas sim de uma tutela de evidência.

O novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) é expresso ao dispor no art. 294 que a “tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência”. Por sua vez, o art. 311 estabelece que a “tutela de evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo”.

Especificamente sobre o importante instituto processual, a lição de Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres de Mello:⁸

“Há situações em que o direito invocado pela parte se mostra com um grau de probabilidade tão elevado, que se torna evidente. Nessas hipóteses, não se conceber um tratamento diferenciado, pode ser considerado com uma espécie de denegação de justiça, pois, certamente, haverá sacrifício do autor diante do tempo do processo.

Tais situações “não” se confundem, todavia, com aquelas em que é dado ao juiz julgar antecipadamente o mérito (...), porquanto a tutela de evidência, diferentemente do julgamento antecipado, a decisão pauta-se em cognição sumária e, portanto, traduz uma decisão revogável e provisória.

(...)

Trata-se de uma tutela provisória, mas não de urgência, porquanto fundada exclusivamente na evidência do direito, não se cogitando de *periculum in mora*. (...). Bem se vê, portanto, o *periculum in mora* não é um requisito para sua concessão.”

As demais medidas de urgência previstas na Lei de Improbidade Administrativa não são dotadas de tantas peculiaridades, portanto serão analisadas de maneira mais superficial.

Araken de Assis¹⁷⁵, ao versar sobre o sequestro de bens, medida prevista no artigo 16, *caput*, da LIA, se limita a dizer que:

¹⁷⁴ Op. cit., p. 243

¹⁷⁵ Op. cit., p. 561

O sequestro do art. 16, *caput*, da Lei 8.429/1992 segue a regra geral da tutela antecipada. É necessária a configuração dos pressupostos comuns – probabilidade do direito e receio de perigo iminente e irreparável, ou seja, que os bens corram o risco de dissipação – e a decisão há de ser devidamente motivada. Legitimam-se o autor da ação civil pública e a pessoa jurídica de direito público lesada pela improbidade. Não há necessidade de pretensão autônoma, cabendo requerê-lo na própria demanda principal.

O afastamento do agente do cargo, emprego ou função, por sua vez, com fundamento no magistério de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves¹⁷⁶, também prescinde da demonstração dos requisitos típicos da tutela de urgência cautelar, quais sejam, o “[...] risco de dano irreparável à instrução processual (*periculum in mora*)” e a “[...] plausibilidade da pretensão de mérito veiculada pelo autor (*fumus boni iuris*)”.

Segundo Araken de Assis¹⁷⁷:

O afastamento da função pública é medida excepcional, de natureza cautelar – não extingue a investidura – e exige dois pressupostos peculiares: (a) a preservação da instrução do processo; (b) e a indispensabilidade da providência. O universo subjetivo também é limitado, abrangendo os servidores públicos, e, não, os agentes políticos com mandato eletivo, em virtude da menção a “cargo, emprego ou função” no art. 20, parágrafo único, da Lei 8.429/1992.

O entendimento de que esta medida cautelar é aplicável, apenas, aos servidores públicos, não alcançando agentes políticos, não se coaduna com a tese defendida por Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves¹⁷⁸ de que apenas o Presidente da República, os Deputados Federais e os Senadores não podem ser afastados do cargo eletivo, pois estes são sujeitos a regras constitucionais peculiares (arts. 86 e 55 da Constituição Federal).

Segundo jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça¹⁷⁹, o afastamento temporário do cargo, aplicado a agentes políticos, deve ser deferido com cautela, pois “[...] considerada a temporariedade do cargo e a natural demora na instrução de ações de improbidade, pode, na prática, acarretar a própria perda definitiva”.

¹⁷⁶ Op. cit., p. 1084-1085

¹⁷⁷ Op. cit., p. 561

¹⁷⁸ Op. cit., p. 1086-1090

¹⁷⁹ REsp 550135 / MG, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 08/03/2004

CAPÍTULO 4. A ANTECIPAÇÃO DA PROIBIÇÃO DE CONTRATAR COM O PODER PÚBLICO.

4.1. Da fundamentação.

Neste capítulo demonstraremos os fundamentos que permitiriam a aplicação da proibição da proibição de contratar com o Poder Público em sede de tutela provisória.

Inicialmente, a proibição de contratar com o Poder Público não é uma tutela provisória típica da Lei de Improbidade Administrativa, porém, como defendido por Araken de Assis¹⁸⁰:

Comportam antecipação, ao invés, sempre respeitados os pressupostos formais e materiais da medida de urgência satisfativa, as penas de caráter pecuniário ou constitutivas, a saber: (a) a perda de bens e valores; (b) a multa pecuniária; (c) o ressarcimento do dano; (d) a proibição de contratar com o Poder Público; e (e) a proibição de receber incentivos fiscais ou creditícios (art. 12, I a III, da Lei 8.429/1992). Não tem sentido negar em tese a possibilidade de antecipar o efeito de eventual condenação nesse remédio processual específico.

De outra banda, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves¹⁸¹ defendem a tese de que:

A bem ver, nas ações de improbidade, a antecipação recairá sobre os efeitos *desconstitutos* ou *mandamentais*, não propriamente sobre os efeitos condenatórios. Realmente, no que diz respeito às sanções do art. 12, como já afirmado, nenhuma possibilidade de antecipação haverá em razão da cláusula de presunção de não culpabilidade.

Nesta linha, estes autores¹⁸² defendem que a antecipação da proibição de contratar com o Poder Público somente poderia ser aplicada para suspender a licitação viciada, por exemplo.

Este dissenso não existe apenas na esfera doutrinária, localizei um único acórdão no Colendo Superior Tribunal de Justiça¹⁸³ que trata do tema, no qual a Segunda Turma da Corte da Cidadania reconheceu a possibilidade de aplicação desta sanção em sede de tutela provisória. Já, no Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo o dissenso é

¹⁸⁰ Op. cit., p. 557

¹⁸¹ Op. cit., p. 1144

¹⁸² Ibidem., p. 1144

¹⁸³ REsp 1385582 / RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 15/08/2014

visível, pois há julgados que atestam pela possibilidade da aplicação desta medida sancionatória em sede de tutela provisória¹⁸⁴ e julgados que rejeitam esta possibilidade, por considerar que tal situação importaria em indevida antecipação de pena¹⁸⁵.

Podemos perceber, então, que este é um tema sobre o qual não há extensiva análise doutrinária e, nos raros casos analisados pela Corte Bandeirante não há consenso acerca de seus resultados, não se localizando no Superior Tribunal de Justiça mais de uma decisão sobre a matéria.

Respeitado o entendimento em contrário, nós defendemos a tese adotada pela Segunda Turma do Colendo Superior Tribunal de Justiça, que admitiu a aplicabilidade da proibição de contratar com o Poder Público em sede de tutela provisória sob os seguintes argumentos:

Por outro lado, quanto ao conteúdo da medida liminar propriamente aplicada pelo juízo a quo, também não merece censura o acórdão recorrido, já que o art. 20 da Lei 8.429/92 reclama o trânsito em julgado apenas para a efetivação da perda da função pública e da suspensão dos direitos políticos:

“Art. 20. A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória.”

Assim, ressalvadas as medidas de natureza exclusivamente sancionatória – como, por exemplo, a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos e até mesmo a multa civil – pode o magistrado, a qualquer tempo, adotar as medidas necessárias para fazer cessar a atividade nociva, considerando o princípio da moralidade estampado no art. 37 da Constituição da República.

Ademais, todo o ordenamento jurídico-processual outorga ao magistrado amplos poderes para tutelar os interesses que a Ação Civil Pública busca proteger. São exemplos dessas medidas o poder geral de cautela assegurado pelo art. 804 do CPC e da tutela específica disciplinada no art. 461, § 5º do CPC:

“Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

(...)

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e

¹⁸⁴ Como, por exemplo, o Agravo de Instrumento nº 2101819-19.2018.8.26.0000, Rel. Desembargador Paulo Galizia, 10ª Câmara de Direito Público, TJSP, publicado em 17/07/2018

¹⁸⁵ Como, por exemplo, o Agravo de Instrumento nº 2243369-36.2017.8.26.0000, Rel. Desembargador Luis Fernando Camargo de Barros Vidal, 4ª Câmara de Direito Público, TJSP, publicado em 27/06/2018.

apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.”

[...]

A própria Lei 7.347/85 traz, em seu art. 11, a possibilidade de o magistrado determinar a cessação da atividade nociva:

“Art. 11. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.”

No caso concreto, o acórdão regional dimensiona a gravidade dos atos de improbidade nestes termos (fls. 151 e seguintes):

[...]

Nesse contexto, a liminar concedida pelo juízo de primeiro grau para proibir a demandada de receber 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, consistente na ampla utilização, no desvio e no mau emprego de recursos públicos em benefício particular e de terceiros.

Não se trata de aplicação de tutela sancionatória de forma antecipada, mas sim da adoção de medidas tendentes à extirpação da atividade nociva, tal como autoriza o art. 11 da Lei 7.347/85.

Assim, não chego a conclusão diversa daquela firmada pelo Tribunal de origem.

Diante do exposto, nego provimento ao Recurso Especial, nos termos dos fundamentos supra.

É como voto.

Diante disto, consideramos que, por força do artigo 11, Lei de Ação Civil Pública, combinado com o artigo 84, *caput* e § 5º, do Código de Defesa do Consumidor, nas obrigações de fazer e de não fazer o Magistrado pode determinar a adoção das medidas necessárias para fazer cessar o ato nocivo.

Isto se coaduna com o Código de Processo Civil, que, em seu artigo 297, também prevê o denominado pode geral de cautela do Magistrado para adoção de medidas atípicas em sede de tutela provisória para atingir o objetivo pleiteado.

Há, portanto, meios normativos que não apresentam óbice, em primeiro momento, à concessão desta tutela específica.

Nesta senda, é neste momento que se demonstra relevante a natureza jurídica mista da proibição de contratar com o Poder Público mencionada no Capítulo 2, item 2.1, deste trabalho.

A reprimenda da proibição de contratar com o Poder Público, conforme apresentado no item mencionado acima, possui, de um lado, caráter eminentemente punitivo, uma vez que interfere no direito constitucionalmente previsto de livre iniciativa (artigo 1º, IV, da Constituição Federal) e da livre concorrência (artigo 170, IV, da Constituição Federal) e na liberdade de contratar do sujeito passivo da medida e, de outro lado, caráter assecuratório, tanto em defesa do Erário como da probidade administrativa.

Isto nos ajuda a entender qual é a natureza da tutela provisória que aplica, em sede de tutela provisória, a proibição de contratar com o Poder Público.

Há entendimento, como faz Araken de Assis¹⁸⁶, de que esta antecipação da proibição de contratar com o Poder Público tem natureza de tutela de urgência satisfativa, ou seja, antecipada. E há aqueles¹⁸⁷ que consideram que a natureza desta medida é de tutela de urgência cautelar. Há, ainda, aqueles como os integrantes da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, no trecho citado acima, que consideram que a natureza desta proibição é de tutela inibitória.

Respeitados todos estes entendimentos, consideramos que a proibição de contratar com o Poder Público, aplicada em sede de tutela provisória, possui natureza híbrida.

Ao nosso ver, a antecipação da proibição de contratar com o Poder Público possui, de lado, natureza cautelar, uma vez que, conforme se extrai da natureza jurídica da própria reprimenda prevista no artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa, ela é aplicada com o intuito de resguardar o Erário e a própria probidade administrativa.

No entanto, mesmo com sua fundamentação sendo a de resguardar um dos demais pedidos finais formulados em sede de ação civil pública que visa a responsabilização por ato de improbidade administrativa, é inviável, e inconcebível, argumentar que sua natureza seria puramente cautelar, uma vez que está, na realidade, sendo antecipado um

¹⁸⁶ Op. cit., p. 557

¹⁸⁷ Como, por exemplo, a 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na ocasião do julgamento do Agravo de Instrumento de nº 2124981-77.2017.8.26.0000

dos efeitos finais da condenação, qual seja, o de impor ao sujeito passivo os efeitos negativos de suportar contra si fato impeditivo de contratar com o Poder Público.

Situação na qual não há como sustentar que o sujeito contra quem foi deferida esta medida não está sofrendo, desde sua aplicação, os efeitos punitivos da reprimenda, razão pela qual, sob esta ótica, a tutela é dotada de natureza satisfativa.

Esta tutela é, ainda, atípica, pois não está prevista nos diplomas que regulam o processo coletivo e, tampouco, na própria Lei de Improbidade Administrativa.

Temos, portanto, que a antecipação da proibição de contratar com o Poder Público é exceção à tese geral da tutela provisória de que, como posto por Daniel Amorim Assumpção Neves¹⁸⁸:

[...] A tutela cautelar garante para satisfazer e a tutela antecipada satisfaz para garantir. O objeto da tutela cautelar é garantir o resultado final do processo, mas essa garantia na realidade prepara e permite a futura satisfação do direito. A tutela antecipada satisfaz, faticamente, o direito, e, ao fazê-lo, garante que o futuro resultado do processo seja útil à parte vencedora.

Como regra geral, pensamos que a natureza desta tutela é tutela de urgência híbrida, pois é dotada de caráter eminentemente satisfativo, no tocante à antecipação dos efeitos da sanção final da proibição de contratar com o Poder Público, e de caráter eminentemente cautelar, ao ser aplicada com o escopo de resguardar um futuro ressarcimento ao Erário e preservar a probidade administrativa, tal qual como evitar com que outros entes do Poder Público, que não a pessoa jurídica lesada pelo ato praticado pelo sujeito passivo, formalizem contratos com aquele que, *ab initio*, demonstra ser um risco em potencial.

Dependendo do caso em concreto no qual esta medida será adotada, consideramos que ela pode ter, ainda, natureza de tutela inibitória, pois, como mencionado no precedente da Colenda Corte da Cidadania colacionado neste item, esta tutela pode ter como fundamento o escopo de evitar a ocorrência, reiteração ou perduração de um ato ilícito.

¹⁸⁸ Op. cit., p. 506

Anotamos que a natureza satisfativa é apenas subsidiária, pois não há, na realidade, como afastar o caráter tipicamente sancionador desta medida. Pensamos que a natureza cautelar é sobressalente à satisfativa, porém as duas encontram-se presentes.

Consideramos, assim, que esta tutela deve ser enquadrada como tutela de urgência também pelo fato de ser uma medida que afeta gravemente o direito da parte contra quem é deferida, sendo inviável sustentar a prescindibilidade da demonstração do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

Apresentada a natureza desta tutela, de rigor a verificação dos requisitos que devem ser analisados para sua concessão.

Sendo uma tutela de urgência, os requisitos que devem ser preenchidos para sua concessão são, de rigor, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, sendo dispensável o requisito da reversibilidade dos efeitos da decisão.

Começaremos fundamentando a razão pela qual pensamos ser dispensável o requisito da reversibilidade da decisão.

Este requisito, conforme analisado no item em que estudamos a tutela provisória no Código de Processo Civil, não é absoluto, e, dependendo do caso em concreto, pode ser relativizado. Neste sentido, Daniel Amorim Assumpção Neves afirma que:

Ocorre, entretanto, que, mesmo quando a tutela antecipada é faticamente irreversível, o juiz poderá excepcionalmente concedê-la, lembrando a doutrina que um direito indisponível do autor não pode ser sacrificado pela vedação legal. Nesse caso, valoram-se os interesses em jogo, e, sendo evidenciado o direito à tutela antecipada, é indevida a vedação legal à sua concessão (Enunciado 25 da ENFAM: “A vedação da concessão de tutela de urgência cujos efeitos possam ser irreversíveis (art. 300, § 3º, do CPC/2015) pode ser afastada no caso concreto com base na garantia do acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, da CRFB)”).

Neste giro, estando o autor da ação civil pública que visa obter a responsabilização por atos de improbidade administrativa atuando em defesa de interesses da sociedade, em especial em defesa do Erário e da probidade administrativa, pensamos que esta é uma situação na qual o direito tutelado demonstra-se apto a mitigar este requisito negativo.

Por sua vez, em relação ao requisito do *fumus boni iuris*, nos parece razoável adotar o entendimento aplicável ao artigo 7º da Lei de Improbidade Administrativa com uma breve alteração, qual seja, de que a probabilidade do direito do autor caracteriza-se,

para fins de concessão da tutela analisada, pela demonstração de *fortes* indícios da prática de ato de improbidade administrativa¹⁸⁹.

A diferença está na exigência de *fortes indícios* da prática de ato de improbidade, pois, na hipótese do artigo 7º, da Lei de Improbidade Administrativa, o que se exige é a demonstração de indícios suficientes da prática do ato ímprobo. Aqui, por ser uma medida mais gravosa que se pretende aplicar, mais rigorosa se torna a demonstração da verossimilhança dos fatos narrados.

O *periculum in mora*, a seu turno, depende de comprovação¹⁹⁰ e é fundamentado no risco iminente de a conduta do sujeito passivo acarretar dano ao Erário ou no perigo de que, se não for decretada a medida, o sujeito possa vir a praticar ato que importe em dano ao erário.

Dada a gravidade que o deferimento desta medida implica, pensamos que o *periculum in mora* deve estar manifestamente caracterizado.

Esta medida demonstra ser de elevada importância para evitar a ocorrência ou perpetuação de danos ao erário, pois, conforme se depreende de pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça¹⁹¹ acerca da efetividade das sanções da Lei de Improbidade Administrativa, dos casos analisados para elaboração da pesquisa, em apenas 4% foi observado o efetivo ressarcimento dos danos, enquanto em 6,40% foi observado parcial ressarcimento e em 89,60% não houve efetivo ressarcimento dos danos.

O Conselho Nacional de Justiça, na pesquisa mencionada, afirma que:

Neste ponto, o que se verificou, em termos de identificação da influência de aspectos processuais na permanência de situações de impunidade, foi que não há uma atuação mais precisa e incisiva na fase de execução dos julgados. O

¹⁸⁹ Neste sentido, Agravo de Instrumento 2100801-60.2018.8.26.0000, Rel. Desembargadora Teresa Ramos Marques, 10ª Câmara de Direito Público, TJSP, publicado em 12/06/2018; Agravo de Instrumento 2144432-20.2019.8.26.0000, Rel. Desembargados Ponte Neto, 8ª Câmara de Direito Público, TJSP, publicado em 23/10/2019

¹⁹⁰ Precedentes: REsp 1385582 / RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 15/08/2014; Agravo de Instrumento 2207712-04.2015.8.26.0000, Rel. Desembargador Torres de Carvalho, 10ª Câmara de Direito Público, TJSP, publicado em 18/01/2016; Agravo de Instrumento 2124981-77.2017.8.26.0000, Rel. Desembargador Antonio Celso Faria, 8ª Câmara de Direito Público, TJSP, publicado em 13/11/2017

¹⁹¹ Cf. pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça no ano de 2014, tendo como base ações de improbidade administrativa com decisões transitadas em julgado no Superior Tribunal de Justiça, no Tribunal Regional Federal da 4ª Região e nos Tribunais de Justiça dos Estados do Mato Grosso, Rio Grande do Norte e São Paulo, citada por GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel et al (Org.). Lei de improbidade administrativa: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. P. 69-70 e 85

ressarcimento dos prejuízos causados não tem recebido a mesma prioridade que o ajuizamento do processo de conhecimento.

Mecanismos como a indisponibilidade adequada de bens (suficientes para o ressarcimento, sem abuso ou de forma a impedir o funcionamento das empresas), a hipoteca judiciária e a execução provisória na parte condenatória, não são adequadamente utilizados.

Não são raros os casos, ainda, em que, mesmo decretada a indisponibilidade de bens, o ímprobo não possui patrimônio suficiente para reparar os danos causados.

É diante deste quadro de considerações que a antecipação de contratar com o Poder Público apresenta-se como opção viável para resguardar o patrimônio público.

Como estudado no capítulo 3 deste trabalho, a proibição de contratar com o Poder Público estende-se aos contratos em curso e aos contratos que virão a ser firmados, deste modo, sua aplicação em sede de tutela provisória pode evitar com que os sujeitos a quem a tutela é dirigida recebam valores empenhados provenientes de contratos maculados pela prática de ato de improbidade, pode evitar, também, que sejam firmados novos contratos viciados.

Assim, ao invés de apenas assegurar o futuro ressarcimento dos danos, estar-se-ia evitando com que esses danos viessem a ser concretizados.

É, portanto, medida que pode mostrar-se essencial para assegurar a efetividade da defesa do erário.

No entanto, pensamos que, por ser uma medida que acarreta efeitos graves ao sujeito contra quem é deferida, deve ser aplicada apenas nos casos em que reste devidamente comprovado que os réus não possuem condição financeira para adimplir com a reparação dos danos e esta medida ainda possa evitar a ocorrência ou majoração dos prejuízos ao erário, ou em casos nos quais os réus demonstrem ser de elevada periculosidade ao bem jurídico tutelado, como, por exemplo, quando o agente é conhecido pela prática reiterada de atos de improbidade¹⁹².

¹⁹² Exemplos disso são o escritório de advocacia GRADIM (vide Agravo de Instrumento nº 2144432-20.2019.8.26.0000, Rel. Desembargador Ponte Neto, 8ª Câmara de Direito Público, TJSP, publicado em 23/10/2019) e as empresas alvo da Operação “Fratelli” (vide Agravo de Instrumento 2100801-60.2018.8.26.0000, Rel. Desembargadora Teresa Ramos Marques, 10ª Câmara de Direito Público, TJSP, publicado em 12/06/2018)

Ademais, é importante apresentar qual é a extensão territorial da proibição de contratar com o Poder Público determinada em sede de tutela provisória.

Este é outro ponto no qual não há consenso na Corte Bandeirante, alguns acórdãos estabelecem a limitação desta medida a um Município ou a uma Comarca específica¹⁹³ enquanto os demais acórdãos não tecem comentário acerca desta extensão territorial.

Nesta linha, nos parece que, tendo em vista a natureza parcialmente satisfativa desta medida e tendo em vista o bem jurídico que se busca tutelar (o patrimônio público), a extensão territorial desta medida deve ser a mesma da penalidade aplicada em sede de tutela definitiva, qual seja, deve ser aplicada em todo o território nacional.

Isto, pois, não faria sentido a concessão de uma tutela tão gravosa sob o argumento de proteger um bem jurídico de tamanha importância com o patrimônio público, mas restringir a esfera de proteção a uma Comarca específica, deixando o bem jurídico vulnerável nas demais localidades.

Deve, neste ponto, a atuação do magistrado ser pautada na proteção da integralidade do patrimônio público.

O prazo de duração desta medida aplicada em sede de tutela provisória também não é algo sobre o qual há material extensivo, porém, pensamos que este ponto é de mais fácil elucidação.

Por uma questão de congruência, ao entendermos que a tutela definitiva da proibição de contratar com o Poder Público possui um prazo único para aplicação, e a proporcionalidade e razoabilidade desta sanção encontra-se na discricionariedade do Magistrado de aplicar, ou não, esta penalidade, consideramos que a mesma interpretação é aplicável a esta medida deferida provisoriamente.

Mais considerações a respeito deste tema serão realizadas no próximo item deste capítulo.

No mais, não concordamos com o argumento de que a aplicação da proibição de contratar com o Poder Público em sede de tutela provisória seria indevida antecipação da

¹⁹³ Como, por exemplo, Agravo de Instrumento 2144432-20.2019.8.26.0000, Rel. Desembargador Ponte Neto, 8ª Câmara de Direito Público, TJSP, publicado em 23/10/2019

pena, pois, como bem colocado pela 11ª Câmara de Direito Público do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo na ocasião do julgamento do Agravo de Instrumento nº 2265654-91.2015.8.26.0000, de Relatoria do Exmo. Desembargador Aroldo Viotti, publicado em 01/06/2017:

Igualmente, fica mantida a decisão no que tange à proibição das empresas agravadas participarem de novas licitações com o Poder Público. Ante os fortes indícios de que as agravantes por muito tempo praticaram e coordenaram as fraudes aos procedimentos licitatórios, torna-se excepcionalmente necessária a concessão da medida pleiteada pelo “Parquet” para se evitar a perpetuação de licitações manipuladas, em detrimento do interesse público.

Frise-se não existir óbice legal a tal medida e, como bem fundamentado pela Eminente Desembargadora Tereza Ramos Marques no julgamento do Agravo de Instrumento nº 2068882-58.2015.8.26.0000: “Diante da peculiaridade do caso, que envolve grupo econômico formado por várias empresas que atuam no mesmo ramo e participam em conjunto de licitações, com o intuito de frustrar a competitividade do certame, é cabível a liminar de proibição de contratar com o Poder Público, voltada à defesa do interesse público.”

A respeito do princípio da supremacia do interesse público, discorre o jurista José dos Santos Carvalho Filho: “Se é evidente que o sistema jurídico assegura aos particulares garantias contra o Estado em certos tipos de relação jurídica, é mais evidente

ainda que, como regra, deva respeitar-se o interesse coletivo quando em confronto com o interesse particular. A existência de direitos fundamentais não exclui a densidade do princípio. Este é, na verdade, o corolário natural do regime democrático, calcado, como por todos sabido, na preponderância das maiorias.”

Nesta linha, conforme se depreende do acórdão acima elencado, estamos diante do interesse de particulares de não ter deferida contra si a proibição de contratar com o Poder Público em sede de tutela provisória (tal qual como o interesse de manutenção do direito de contratar com o Poder Público) que se contrapõe ao interesse público de integridade do Erário e da probidade administrativa.

E, como é de notório conhecimento no Direito Administrativo, o interesse público prevalece sobre o interesse privado, situação que, aqui, não poderia ser diferente.

Mas não é só, conforme se depreende do acórdão da Colenda Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça colacionado no início deste item e da análise que realizamos com fundamento nesta decisão, a proibição de contratar com o Poder Público não possui caráter exclusivamente sancionatório, razão pela qual sua aplicação em sede de tutela provisória é fundada na cautelaridade, portanto o objetivo não é punir o sujeito passivo, e, sim, atuar em defesa do interesse público.

Com isto em mente, devemos apontar as hipóteses nas quais pensamos ser possível a aplicação da medida aqui estudada.

Como mencionado anteriormente, a proibição de contratar com o Poder Público é medida que atinge direitos fundamentais daqueles que sofrem com seus efeitos, de modo que aceitar sua aplicação de forma indiscriminada a todos as modalidades de improbidade administrativa seria incompatível com o objetivo que se pretende atingir com sua aplicação.

Neste giro, consideramos que esta medida seria aceitável, apenas, em situações em que o ato de improbidade imputado aos sujeitos passivos são fundamentados nas modalidade de improbidade previstas no artigo 9º (enriquecimento ilícito) e artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa, uma vez que estas hipóteses são as que demonstram maior potencial lesivo ao bem jurídico tutelado e, também, são as modalidade nas quais as reprimendas são mais severas.

Para nós, fugiria da razoabilidade e da proporcionalidade a aplicação desta medida em casos nos quais o ato imputado ao agente é enquadrado, *ab initio*, na modalidade prevista no artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa, uma vez que, por mais reprovável que sejam estas condutas, elas não demonstram o mesmo grau de lesividade e periculosidade das demais condutas.

O artigo 10-A, por sua vez, seria compatível com uma antecipação da proibição de receber incentivos e benefícios fiscais ou creditícios, que não são o objeto de estudo do presente trabalho.

Por fim, cumpre salientar que se esta medida for deferida e, por ventura, ao final do processo o réu for absolvido, estaríamos diante de uma hipótese de indenização pelos danos causados, nos termos do artigo 302, inciso I, do Código de Processo Civil.

Porém, o responsável pela reparação dos danos causados à parte que teve contra si deferida a tutela indevida é a Fazenda Pública do ente federativo ao qual o Ministério Público estadual ou federa está vinculado, por força do artigo 37, §6º da Constituição Federal.

Já, se o legitimado ativo, nesta situação, for a própria Administração Direta ou Indireta, é ela própria que arcará com esta indenização, por ordem do mesmo dispositivo constitucional.

4.2. Da necessidade de implementação de um instituto similar ao da detração no Direito Penal.

Conforme apresentado no item anterior, defendemos a tese de que a proibição de contratar com o Poder Público fixada em sede de tutela provisória deve ter prazo de duração igual ao da tutela definitiva a que corresponde (por exemplo, em uma ação na qual imputa-se a um agente o ato de improbidade previsto no artigo 10, da Lei de Improbidade Administrativa, a proibição de contratar com o Poder Público, em sede de tutela provisória, teria prazo de 5 anos, equivalente ao da tutela definitiva).

Isto porque, conforme já mencionado anteriormente, a Lei Federal 8.429/92 prevê prazo único para esta reprimenda, estando a observância aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade adstrita à aplicação, ou não, desta reprimenda.

Assim sendo, imaginemos uma situação na qual o processo foi iniciado no final de 2018 e teve como fundamento a imputação ao sujeito passivo da prática do ato de improbidade na modalidade dano ao erário, em que prevista sanção consistente na proibição de contratar pelo prazo de cinco anos (art. 10, da Lei de Improbidade Administrativa). Na exordial, ante a reiteração de condutas ímprobas do agente, o legitimado ativo requereu a aplicação da proibição de contratar com o Poder Público em sede de tutela provisória, o pedido restou indeferido pela instância de origem e, interposto agravo de instrumento, o Tribunal concedeu a tutela pleiteada, em 20/02/2019.

Na modalidade de dano ao Erário o prazo para proibição de contratar com o Poder Público é de cinco anos, no caso hipotético mencionado ele finalizaria, então, em 20/02/2024.

O processo tramita com celeridade e a sentença condenatória é proferida em meados de 2020, interposto o recurso de apelação e negado provimento em 2022 o sujeito passivo desiste de recorrer, operando-se, então, o trânsito em julgado da decisão em

20/02/2022, com condenação do réu à penalidade de proibição de contratar com o Poder Público pelo prazo de cinco anos.

Mas, no exemplo utilizado, esta medida estava em vigor desde 20/02/2019, sendo, deste modo, inviável a execução da sanção mediante novo prazo de cinco anos relativos à condenação em sede de tutela definitiva.

Interpretação contrária violaria o princípio da legalidade, uma vez que estaria impondo ao sujeito sanção em patamar superior ao limite estabelecido pela lei.

Não bastasse, estar-se-ia punindo o mesmo indivíduo duas vezes pela prática do mesmo ato ilícito, o que encontra óbice no princípio da vedação do *bis in idem* que reza que a pessoa não pode sofrer dupla punição, ou dupla persecução, pelo mesmo fato¹⁹⁴

Como mencionado no item anterior, não há como afastar o caráter eminentemente punitivo da proibição de contratar com o Poder Público, portanto, se a pessoa cumprisse o prazo, integral ou parcialmente, da medida aplicada em sede de tutela provisória e, posteriormente, fosse condenada a sofrer a repetição dos efeitos desta reprimenda, estar-se-ia violando o princípio da vedação ao *bis in idem*, pois estaria suportando efeitos de duas condenações pelo mesmo fato.

Temos, ainda, que a execução da reprimenda em sede de tutela provisória e, depois, em sede de tutela definitiva violaria frontalmente os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, pelos mesmos argumentos levantados acima.

Por esta razão pensamos ser imprescindível ou a adoção análoga do instituto da detração, previsto no Direito Penal, ou a adoção de solução similar, mas por fundamentos próprios do devido processo legal aplicado ao Direito Administrativo Sancionador.

Começamos apresentando os fundamentos pelos quais pautamos ser amplamente transponível este instituto do Direito Penal ao Direito Público.

Marçal Justen Filho¹⁹⁵, ao tratar das sanções administrativas, afirma que:

¹⁹⁴ No âmbito penal, precedentes: RHC 100820 / SP, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe 08/04/2019

¹⁹⁵ Op. cit. (Comentários à Lei de Licitações), p. 1338,

A doutrina nacional e estrangeira concordam, em termos pacíficos, que as penalidades administrativas apresentam configuração similar às de natureza penal, sujeitando-se a regime jurídico senão idêntico, ao menos semelhante.

O autor¹⁹⁶ complementa:

Embora não seja possível confundir Direito Penal e Direito Administrativo (Repressivo), é inquestionável a proximidade dos fenômenos e institutos. Como ensina George Dellis, reconhece-se que “a ideia clássica de autonomia pura e simples da ação administrativa e da ação penal está muito bem ultrapassada: a concepção de unidade do domínio repressivo ganha progressivamente terreno”. Por isso, os princípios fundamentais de Direito Penal vêm sendo aplicados no âmbito do Direito Administrativo Repressivo, com a perspectiva de eventuais atenuações necessárias em face das peculiaridades do ilícito no domínio da atividade administrativa. Mas a regra é a de que os princípios fundamentais do Direito Penal devem ser respeitados, especialmente pela impossibilidade de distinção precisa e absoluta entre sanções administrativas e penais.

Daí o acerto da lição de Lucia Vale Figueiredo, quando afirma que os procedimentos sancionatórios classificam-se precisamente pela aplicação dos princípios do processo penal. Isso propicia inúmeras decorrências.

Observamos, contudo, que Sarah Merçon-Vargas¹⁹⁷ sustenta que a similitude entre o processo penal e o direito punitivo não penal não está na existência de um *ius puniende* aplicável às duas matérias, e, sim decorre da “[...] garantia constitucional do devido processo legal, com incidência adaptada à luz do direito material e da relação processual”. No mais, a autora¹⁹⁸ afirma:

[...] considerando a gravidade das sanções previstas, muitos atores defendem a aplicação de princípios penais e processuais penais à ação de improbidade administrativa. Essa trilha, embora possa conduzir a resultados satisfatórios – incidência de garantias mais densas, como se propõe – não é adequada, pois o modelo de devido processo legal deve ser aferido a partir da Constituição Federal e não diretamente do Direito Penal e Processual Penal.

O instituto da detração, conforme se depreende do artigo 42 do Código Penal, é o cômputo “[...] tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior” na pena privativa de liberdade e na medida de segurança.

Cezar Roberto Bitencourt¹⁹⁹ define este instituto da seguinte forma:

Através da *detração penal* permite-se descontar, na pena ou na medida de segurança, o tempo de prisão ou internação que o condenado cumpriu antes da

¹⁹⁶ Op. cit., p. 1339

¹⁹⁷ Op. cit., 44-46

¹⁹⁸ Ibidem, p. 73

¹⁹⁹ BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral 1. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 651

condenação. Esse período anterior à sentença penal condenatória é tido como de pena ou medida de segurança efetivamente cumpridas.

Sendo a detração instituto expressamente regulado por lei e comportando aplicação analógica para o Direito Administrativo Sancionador, entendemos que o uso dessa solução permite afastar a incidência de dupla execução da mesma sem a necessidade de recurso a outros fundamentos.

Reiteramos, porém, que seja pela aplicação por analogia, ou mediante adoção de instituto similar ao da detração, o período da proibição de contratar com o Poder Público, efetivamente observado por força de cumprimento de decisão prolatada em sede de tutela provisória, deverá ser obrigatoriamente computado quando da execução dessa sanção que for tornada definitiva por força de decisão final do processo.

Aplicando este entendimento ao caso hipotético apresentado no começo deste item, o adimplemento integral da penalidade imposta operar-se-ia em 20/02/2024, dois anos após o trânsito em julgado e início da execução definitiva, tendo em vista que o condenado já teria cumprido, efetivamente, três anos da condenação final fixada no prazo de cinco anos.

4.3. Efetivação desta proibição de contratar com o Poder Público em sede de tutela provisória.

O último item que abordaremos neste trabalho é o de como se dá, ou deveria se dar, a efetivação da proibição de contratar com o Poder Público determinada em sede de tutela provisória.

No âmbito da Justiça Estadual não conseguimos reunir informações suficientes para afirmarmos, com clareza, como a Corte Bandeirante atua para assegurar a efetivação desta medida.

Contudo, os desafios para plena efetivação dos efeitos desta tutela provisória podem ser extraídos do Manual e Roteiro de Atuação do Ministério Público Federal²⁰⁰.

²⁰⁰ Op. cit., p. 38.

Este Manual trata de dificuldade de efetivação em sede de cumprimento de sentença provisório, que não é a mesma situação objeto de estudo deste trabalho, contudo, os fatos ali narrados são relevantes para o presente texto.

Alexandre Amaral Gavronski²⁰¹ aponta como obstáculo à efetivação provisória da proibição de contratar com o Poder Público pelas vias típicas, inserção dos dados no CNCIAI, o pressuposto do trânsito em julgado que este Cadastro exige (artigo 3º, Resolução nº 44, CNJ).

Isto é um óbice, também, à efetivação da proibição de contratar com o Poder Público determinada em sede de tutela provisória uma vez que, por ter a precariedade como elemento básico e sua concessão ser em sede de cognição sumária, não há o que se falar em trânsito em julgado.

Portanto, a atual forma na qual o CNCIAI é normatizado inviabiliza não só o cumprimento provisório da sentença condenatória, pois inviabiliza, ainda, a efetivação da tutela provisória de proibição de contratar com o Poder Público, eis que, neste caso, é impossível inserir data relativa ao trânsito em julgado da sentença condenatória, uma vez que o processo ainda se encontra em sede de fase de conhecimento.

É diante desta linha de considerações que Alexandre Amaral Gavronski²⁰² sustenta a necessidade de adoção de medidas diversas para que possa ser atingida a plena efetivação, sugerindo, como exemplo, a expedição de:

[...] ordem judicial dirigida especificamente ao ente ou órgão público que mantém contrato com o condenado para, por exemplo, comunicá-lo da condenação judicial não suspensa e determinar que não renove esse determinado contrato ou mesmo o rescinda, com fundamento no art. 55, XIII, da Lei de Licitações.

Com isto não podemos discordar.

Se é impossível a efetivação da proibição de contratar com o Poder Público, quando aplicada em sede de cognição sumária, pelos meios de costume, o artigo 297,

²⁰¹ Op cit., p. 38

²⁰² Ibidem, p. 38

caput, do Código de Processo Civil, prevê que o Magistrado poderá determinar as medidas que considerar adequadas à efetivação da tutela provisória.

Neste ponto, importante lembrarmos uma manifestação de Daniel Amorim Assumpção Neves²⁰³ já apresentada anteriormente, confira:

[...] O termo efetivação na realidade significa execução da tutela, que não dependerá de processo autônomo, desenvolvendo-se por mera fase procedimental.

O parágrafo único do art. 297 do CPC revê expressamente que a efetivação da tutela provisória é realizada por meio de cumprimento de sentença provisório (Enunciado 38 da I Jornada de direito processual civil do CJF: “As medidas adequadas para efetivação da tutela provisória independem do trânsito em julgado, inclusive contra o Poder Público (art. 297 do CPC)”). Mesmo que não houvesse essa expressa previsão, não restaria dúvida de que a execução da decisão que concede a tutela antecipada é provisória, porque a decisão executada é provisória, podendo ser revogada ou anulada com o advento da coisa julgada material. Mas a utilização da expressão “no que couber” permite ao juiz, do caso concreto, deixar de aplicar regras procedimentais da execução provisória que se mostrarem contraproducentes à efetivação da tutela antecipada.

Ou seja, diante da impossibilidade formal de efetivação, cabe ao Poder Judiciário a adoção de medidas necessárias à efetivação da proibição de contratar com o Poder Público, uma destas medidas, como apresentado acima, é a expedição de ordem judicial ao ente do Poder Público com quem o sujeito passivo da ação tenha contrato firmado notificando o ente do deferimento da liminar e da necessidade de rescisão do contrato administrativo, por força do artigo 55, XIII, da Lei de Licitações, pelas razões apresentadas no item 2.1 deste trabalho.

Em relação ao artigo 297, do Código de Processo Civil, José Roberto dos Santos Bedaque²⁰⁴ sustenta que:

[...] a eficácia prática da tutela provisória pode depender de medidas coercitivas, destinadas a alcançar o respectivo resultado. Tais providências variam em função da espécie de tutela provisória. Se o pedido disser respeito a tutela cautelar, normalmente as providências conservativas são mais simples (bloqueio, indisponibilidade, depoimento, perícia etc.). Tratando-se da antecipação de efeitos da tutela final (tutela antecipada), todavia, há necessidade da adoção de medidas aptas a proporcionar a respectiva satisfação, que podem exigir a realização de atos mais complexos, especialmente nas hipóteses de obrigações de fazer. Aplica-se, nesses casos, o disposto no art. 536 do Código de 2015.

²⁰³ Op. cit., p. 296-297

²⁰⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela Provisória: Considerações Gerais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al (Org.). O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas. São Paulo: Atlas, 2015. p. 263-264

O artigo 536 do Código de Processo Civil, por sua vez, é dotado da seguinte redação:

Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

§ 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

§ 2º O mandado de busca e apreensão de pessoas e coisas será cumprido por 2 (dois) oficiais de justiça, observando-se o disposto no art. 846, §§ 1º a 4º, se houver necessidade de arrombamento.

§ 3º O executado incidirá nas penas de litigância de má-fé quando injustificadamente descumprir a ordem judicial, sem prejuízo de sua responsabilização por crime de desobediência.

§ 4º No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, aplica-se o art. 525, no que couber.

§ 5º O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao cumprimento de sentença que reconheça deveres de fazer e de não fazer de natureza não obrigacional.

Do *caput* deste dispositivo podemos extrair, com clareza, que a adoção de medidas para efetivação da tutela pode partir de iniciativa do próprio Magistrado ou da parte beneficiada pela tutela.

Sendo assim, pensamos que para que seja conferida plena efetivação à proibição de contratar com Poder Público em sede de tutela provisória deveria ser conferida a essa matéria maior publicidade e notoriedade, de modo que os legitimados para figurar no polo ativo da demanda busquem de maneira mais incisiva a concessão desta tutela específica, nos casos em que se demonstre necessária, e que o Poder Judiciário se sinta confortável para deferir tais pedidos, quando estes se demonstrarem razoáveis e necessários.

E, tanto os legitimados para figurar no polo ativo da demanda, quanto o Poder Judiciário, devem estar preparados para que sejam tomadas as medidas necessárias à efetivação desta tutela no caso concreto, sendo que estas medidas serão escolhidas com base nas peculiaridades e particularidades do caso em que forem deferidas.

Isto, no entanto, deve ser acompanhado de uma reformulação do CNCIAI, tal qual como do CEIS, com alterações nas respectivas resoluções do Conselho Nacional de

Justiça e da Corregedoria-Geral da União que gerem estes cadastros, a fim de que passe a ser aceita a inserção de dados relativos à proibição de contratar com o Poder Público aplicada em sede de tutela provisória, de modo a viabilizar, de maneira mais simples e de maior probabilidade de incrementar os resultados práticos da efetivação desta medida.

Da maneira na qual a situação apresenta-se atualmente, o provimento jurisdicional de concessão desta tutela atípica não tem o condão de atingir os resultados pretendidos, na extensão em que eles deveriam ser atingidos, e, assim, o maior prejudicado é, indubitavelmente, o bem jurídico que buscava-se tutelar com o deferimento desta medida.

CONCLUSÃO

O presente estudo foi realizado com o objetivo de demonstrar se é possível, ou não, a aplicação da proibição de contratar com o Poder Público em sede de tutela provisória em ações que buscam a responsabilização pela prática de atos de improbidade administrativa.

Ao longo do caminho tivemos que analisar nuances da própria Lei de Improbidade Administrativa, conferindo especial atenção à proibição de contratar com o Poder Público, que é o tema central deste estudo.

Da análise desta penalidade concluímos que ela é dotada de natureza jurídica diferenciada em relação às demais sanções, uma vez que não possui caráter exclusivamente punitivo, pois, concomitantemente, é aplicada com o intuito de resguardar as relações que o Poder Público estabelece, além de resguardar a probidade que deve reger os atos da Administração.

Chegamos à conclusão, também, de que esta reprimenda se estende por todo território nacional e que é válida em relação a todos os entes integrantes da Administração Pública, sejam eles da Administração Direta, Indireta, e, até, às entidades controladas, direta ou indiretamente, pelas pessoas jurídicas que compõe a Administração Pública.

Demonstramos as razões pelas quais concordamos com a tese de que esta sanção é aplicável a todos os contratos administrativos, em curso ou posteriores à aplicação da sanção, e que o termo contratar não quer dizer, apenas, figurar na posição de contratado em relações na qual a Administração esteja presente, como quer dizer, também, figurar na posição de contratante perante o Poder Público.

Abordamos a maneira pela qual a efetivação da tutela definitiva da proibição de contratar se dá, que é, normalmente, pela inserção dos dados no Cadastro Nacional de Condenados por Ato de Improbidade Administrativa e por Ato que implique Inelegibilidade, que não é o sistema perfeito, pois não contempla hipóteses de cumprimento provisório da sentença condenatória e, ainda, execução de tutelas provisórias.

Apresentamos uma visão panorâmica da tutela provisória no Código de Processo Civil, na Lei de Ação Civil Pública, Código de Defesa do Consumidor e Lei de Improbidade Administrativa, tudo isto para chegarmos à análise de possibilidade, ou não, de aplicação da proibição de contratar com o Poder Público em sede de tutela provisória.

Ante a escassez de jurisprudência em relação ao tema e, na reduzida quantidade que existe, dissenso entre inúmeros acórdãos, além de dissenso em sede doutrinária, manifestamos nosso entendimento pela possibilidade de adoção desta medida em sede de tutela provisória, com fundamento no poder geral de cautela do Magistrado.

Apresentamos nossa tese de que a natureza jurídica da proibição de contratar com o Poder Público deferida em sede de tutela provisória é de tutela de urgência híbrida, pois coexistem a natureza cautelar da medida, no que tange à proteção do erário e probidade administrativa, e a natureza satisfativa, pois o sujeito objeto dos efeitos da decisão está, efetivamente, suportando os efeitos da condenação final.

Em sendo tutela de urgência, necessária se faz a demonstração da presença dos requisitos da probabilidade do direito e do risco de dano, o que não afasta a excepcionalidade desta medida, que deve ser aplicada, apenas, em situações nas quais o *periculum in mora* seja manifesto.

Sustentamos que esta tutela provisória é dotada das mesmas características da tutela definitiva em relação à extensão territorial e prazo de duração (que é único, conforme previsão legal).

Defendemos que esta medida seria aplicável somente nos casos em que seja imputado ao sujeito passivo a prática de um ato de improbidade enquadrado nas hipóteses do artigo 9º ou do 10, da Lei de Improbidade Administrativa, pois estas são as modalidades que merecem uma repressão mais severa.

Demonstramos a necessidade, diante deste quadro apresentado, da adoção análoga do instituto da detração do Direito Penal, para evitar com que a pessoa, física ou jurídica, sofra com os efeitos da decisão por prazo superior ao que a Lei prevê para a sanção definitiva, o que seria vedado pelo princípio da legalidade, vedação ao *bis in idem* e proporcionalidade e razoabilidade.

Por fim, apresentamos as dificuldades que a efetivação desta medida encontra quando aplicada em sede de tutela provisória, ressaltando a necessidade de adequadamente instruir os legitimados para figurar no polo ativo das demandas que visam a responsabilização por atos de improbidade administrativa e o próprio Poder Judiciário da possibilidade de concessão desta tutela e, após isto, de maneiras de como dar plena efetividade a esta medida.

Apontamos, também, a necessidade de reformulação dos Cadastros mantidos pelo Conselho Nacional de Justiça e pela Controladoria-Geral da União, tal qual como das respectivas resoluções que os regulam, a fim de dar um passo adiante na efetivação das medidas adotadas com o intuito maior de resguardar o patrimônio público.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, João Pedro. Improbidade Administrativa e proibição de contratar com o Poder Público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p.102

ANDRADE, Flávia Cristina Moura de; PAVIONE, Lucas dos Santos. **Improbidade administrativa**. 4. ed. Salvador: JusPodvm, 2014. v 23. (Coleção leis especiais para concurso).

ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro, volume II: parte geral: institutos fundamentais: tomo 2**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela Provisória: Considerações Gerais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al (Org.). **O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas**. São Paulo: Atlas, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense.2018.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória**. 14. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019. v. 2

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. V 4.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2017. 1262 p.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Efetivação das condenações nas ações de responsabilização por improbidade administrativa: manual e roteiro de atuação**. 2. ed. Brasília: MPF, 2019

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDEIRO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____ **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARQUES, Mauro Campbell (Org.). **Improbidade administrativa: temas atuais e controvertidos**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016..

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Código de Processo Civil Comentado: artigo por artigo**. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum. 2009.

RODRIGUES, Geisa. **Ações constitucionais**; coordenação André Ramos Tavares, José Carlos Francisco. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2014.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Volume III. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1984.

SIMÃO, Calil. **Improbidade administrativa: teoria e prática**. 2. ed. Leme: Jhmizuno, 2014.

SOUZA, Motauri Ciocchetti de. **Interesses difusos em espécie: Direito Ambiental, Direito do Consumidor, Proibição Administrativa**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TESSER, André Luiz Bäuml. ARTS. 300 A 3004. In: TUCCI, José Rogério Cruz e et al (Org.). **Código de Processo Civil Anotado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lmj Mundo Jurídico, 2017.

WATANABE, Kazuo. Arts. 81 a 90. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al (Org.). **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

