

Agravo de Instrumento n. 0025663-49.2016.8.24.0000, de Anita Garibaldi
Relator: Desembargador Artur Jenichen Filho

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. FRAUDES À LICITAÇÃO PRATICADAS EM DETRIMENTO DO MUNICÍPIO DE ABDON BATISTA. SUPOSTO CONLUÍO PARA FINS DE FIXAÇÃO DE PREÇO DO SERVIÇO PRESTADO. AGRAVANTES QUE, SEGUNDO INDÍCIOS, COMPUSERAM A ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA AO FORNECEREM COTAÇÕES/ORÇAMENTOS SUPERFATURADOS DOS BENS E SERVIÇOS QUE SERIAM ADQUIRIDOS PELO PODER PÚBLICO.

PROIBIÇÃO DE CONTRATAÇÃO COM O PODER PÚBLICO. LIMINAR. DESCABIMENTO. MEDIDA QUE PODE SER TOMADA APENAS APÓS A REALIZAÇÃO DE INSTRUÇÃO E DE EFETIVO CONTRADITÓRIO. DECISÃO QUE MERECE REFORMA NO PONTO. PRECEDENTES.

"[...] Em uma análise precária do caso, constata-se, à primeira vista, que a medida liminar concedida para proibição de contratação com o Poder Público, em razão da existência de indícios da prática de improbidade administrativa, não se justifica, à luz do sistema de garantias que põe a salvo os direitos subjetivos e a liberdade das pessoas de restrições que não tenham escoras claramente delineadas nas grandes linhas do ordenamento jurídico, se mostrando patentes, a plausibilidade jurídica do pedido e o 'periculum in mora'." (STJ. MC 21.853/ES, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, j. 25.3.14). (TJSC, Agravo n. 0009168-27.2016.8.24.0000, de Lages, Rel. Des. Rosane Portella Wolff, Câmara Civil Especial, j. em 31.8.2017). TESE DO RELATOR, VENCIDO NESTE PONTO.

INDISPONIBILIDADE DE BENS. DESNECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE RISCO DE DILAPIDAÇÃO. TUTELA DE EVIDÊNCIA. PRESENTES INDÍCIOS DA PRÁTICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA FAZ-SE POSSÍVEL O DECRETO DE INDISPONIBILIDADE SOBRE TANTOS BENS E DIREITOS QUE BASTEM PARA O TOTAL REEMBOLSO DOS PREJUÍZOS SOFRIDOS PELO ERÁRIO PÚBLICO, BEM COMO AO PAGAMENTO DA MULTA CIVIL, DE FORMA SOLIDÁRIA ENTRE OS RÉUS.

"O entendimento dominante neste Superior Tribunal é

o de que a responsabilidade é solidária até, ao menos, a instrução final do feito, em que se poderá delimitar a quota de responsabilidade de cada agente para o ressarcimento. Precedentes: REsp 1637831/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 19/12/2016; AgRg no AREsp 698.259/CE, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 04/12/2015; EDcl no AgRg no REsp 1351825/BA, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 14/10/2015 Precedentes: MC 15.207/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 10/02/2012; MC 9.675/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 03/08/2011). Com efeito, se a responsabilidade é solidária em relação à obrigação principal, não pode deixar de ser no que tange à obrigação acessória". (REsp n. 1.610.169/BA, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. em 2.5.2017).

ARGUIÇÃO DE ILEGITIMIDADE DE UM DOS RÉUS. NÃO ACOLHIMENTO. INDÍCIOS QUE APONTAM A PARTICIPAM DESTES NO ESQUEMA DE FRAUDES À LICITAÇÃO. DECLARAÇÃO NESTE SENTIDO, NESTA ESTREITA VIA DE COGNIÇÃO, QUE SERIA PREMATURA. NECESSIDADE DE AO MENOS AGUARDAR-SE A INSTRUÇÃO. PRELIMINAR QUE, EM VERDADE, CONFUNDE-SE COM O MÉRITO. AFERIÇÃO DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO QUE DEVE OCORRER *IN STATUS ASSERTIONIS*.

"Tem prevalecido na jurisprudência do STJ o entendimento de que a aferição das condições da ação deve ocorrer *in status assertionis*, ou seja, à luz das afirmações do demandante (Teoria da Asserção). Nesse sentido: AgRg no AREsp 205.533/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 8/10/2012; AgRg no AREsp 53.146/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 5/3/2012; REsp 1.125.128/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, DJe 18/9/2012." (REsp 139.5875/PE, rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, j. em 20.2.2014).

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 0025663-49.2016.8.24.0000, da Comarca de Anita Garibaldi Vara Única em que são Agravantes Hidroani Poços Artesianos Ltda e outros e

Agravado Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

A Quinta Câmara de Direito Público decidiu, por maioria de votos, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Vencido o relator, que concedia parcial provimento no ponto afeto a proibição de contratar com o poder público. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Presidente Hélio do Valle Pereira e Desa. Denise de Souza Luiz Francoski.

Florianópolis, 05 de abril de 2018.

Desembargador Artur Jenichen Filho
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Hidroani Poços Artesianos Ltda., representada por sua administradora Cristiane Salete Roani, também agravante, Miguel Atílio Roani, Rafael Roani e Arilton dos Santos Clezar, contra decisão proferida pelo juízo da Vara Única da Comarca de Anita Garibaldi que, nos autos da Ação Civil de Improbidade Administrativa n. 0000123-87.2016.8.24.0003, determinou a proibição de contratação com o Poder Público ou recebimento de benefícios fiscais ou creditícios, bem como a indisponibilidade de bens dos réus, entre eles os ora agravantes (fls. 1917-1926 SAJ-PG).

Em suas razões recursais argumentou a parte agravante que a determinação de proibir a contratação com o Poder Público de forma cautelar é ilegal, de modo que deve ser afastada. Pugnou pela liberação dos bens indisponibilizados. Alegou que o réu Arilton Clezar é parte ilegítima para figurar no polo passivo da ação de origem, visto que é mero funcionário da pessoa jurídica Hidroani Poços Artesianos Ltda.

Em análise liminar o efeito suspensivo fora indeferido (fls. 42-45). Mantida a decisão após a apresentação de embargos de declaração (fls. 55-57)

Lavrou parecer pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Alexandre Herculano Abreu (fls. 88-103).

Este é o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Aplicável ao caso o novo Código de Processo Civil, conforme art. 14 deste.

Argumenta a parte agravante que a proibição de contratação com o Poder Público não poderia ter sido determinada liminarmente.

Neste ponto, entendo que razão lhe assiste.

Entendo descabida a determinação de proibição de contratação com o poder público de forma liminar, visto que tal sanção, salvo melhor juízo, deve ser aplicada apenas na sentença, após a realização de instrução, com a realização do contraditório, em cognição exauriente.

Neste sentido também já se manifestou este Tribunal:

AGRAVO INTERNO (ART. 1.021 DO CPC/15). DECISÃO DO RELATOR INICIAL DE AGRAVO DE INSTRUMENTO QUE CONCEDEU TUTELA RECURSAL ANTECIPADA PARA DEFERIR, EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, MEDIDA CAUTELAR DE PROIBIÇÃO DE A EMPRESA GDO PRODUÇÕES LTDA. CONTRATAR COM O PODER PÚBLICO, EM FACE DE INDÍCIOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NA CONTRATAÇÃO DE SHOWS ARTÍSTICOS SEM PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. MEDIDA EXTREMA E ALTAMENTE GRAVOSA QUE CORRESPONDE À APLICAÇÃO ANTECIPADA DE SANÇÃO, SEM CONDENAÇÃO, AINDA, PELA PRÁTICA DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E, POR ISSO, NÃO SE COMPADACE COM A ATUAÇÃO LIMINAR DA CÂMARA CIVIL ESPECIAL, SENÃO EM CASOS EXCEPCIONAIS DE EVIDENTE RISCO DE LESÃO GRAVE AOS COFRES PÚBLICOS. MATÉRIA QUE DEVE SER RESOLVIDA QUANDO DO JULGAMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO E NÃO PELA DECISÃO LIMINAR DO RELATOR INICIAL. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. AGRAVO PROVIDO.

"[...] Em uma análise precária do caso, constata-se, à primeira vista, que a medida liminar concedida para proibição de contratação com o Poder Público, em razão da existência de indícios da prática de improbidade administrativa, não se justifica, à luz do sistema de garantias que põe a salvo os direitos subjetivos e a liberdade das pessoas de restrições que não tenham escoras claramente delineadas nas grandes linhas do ordenamento jurídico, se mostrando patentes, a plausibilidade jurídica do pedido e o 'periculum in mora'." (STJ. MC 21.853/ES, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, j. 25.3.14). (TJSC, Agravo n. 0009168-27.2016.8.24.0000, de Lages, Rel. Des. Rosane Portella Wolff, Câmara Civil Especial, j. em 31.8.2017).

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

LICITAÇÃO. SUPOSTO PRIVILÉGIO. INDISPONIBILIDADE DE BENS.

Para a restrição de bens na ação civil pública por improbidade administrativa, tratando-se de medida excepcional, basta haver indícios suficientes da prática do ato, dispensado o periculum in mora, haja vista que, no caso, é presumível.

PROIBIÇÃO DE CONTRATAR COM O PODER PÚBLICO INITIO LITIS. CONDENAÇÃO. EXCEPCIONALIDADE.

A proibição de contratar com o Poder Público é medida excepcional e pressupõe a condenação do administrador e da pessoa jurídica, observados o contraditório e devido processo legal, ressalvados os casos de nítido conluio a fim de defraudar o processo licitatório e, conseqüentemente, impor prejuízos ao patrimônio público. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 0009717-37.2016.8.24.0000, de Sombrio, Rel. Des. Sônia Maria Schmitz, Quarta Câmara de Direito Público, j. em 3.8.2017).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE. CONCESSÃO DE LIMINAR SEM A OUVIDA DA PARTE CONTRÁRIA. (...) LIMINAR QUE DETERMINOU A INDISPONIBILIDADE DOS BENS. POSSIBILIDADE. PROIBIÇÃO DE CONTRATAÇÃO COM O PODER PÚBLICO. MEDIDA EXCEPCIONAL, QUANDO PROLATADA EM SEDE DE CAUTELAR. PREJUÍZO EVIDENCIADO PARA OS AGRAVANTES. IMPOSSIBILIDADE DE EXERCEREM SUAS ATIVIDADES QUE, NA ESSÊNCIA, SÃO PRESTADAS PARA O PODER PÚBLICO. DECISÃO REFORMADA NO PONTO. "Impedir a contratação com o Poder Público, por seu cariz gravoso, soa, em regra, algo inapropriado no contexto de medida liminar ou cautelar, porque faltou o contraditório, dispensável apenas se presente situação de flagrante excepcionalidade" (Ag. Rg. em MS n. 2013.089383-8, de Chapecó, Rel. Des. João Henrique Blasi, j. 12-11-2014). (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2013.065616-8, de Dionísio Cerqueira, Rel. Des. Júlio César Knoll, Quarta Câmara de Direito Público, j. 18-12-2014).

Assim, na linha consagrada na jurisprudência desta Corte, inviável determinar-se a proibição de contratação com o poder público de forma liminar, de modo que a decisão recorrida, neste ponto, deve ser reformada.

Quanto à possibilidade de se decretar a indisponibilidade de bens ou direitos de forma liminar em ações de improbidade, ainda que ausente o risco concreto de dilapidação, é assente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como já afirmado na própria análise da liminar do presente recurso, que tal demonstração é prescindível.

Neste sentido:

"PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. DESNECESSIDADE DE PERICULUM IN MORA CONCRETO. FUMUS BONI IURIS NÃO DEMONSTRADO. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

tem-se alinhado no sentido da desnecessidade de prova de periculum in mora concreto, ou seja, de que o réu estaria dilapidando seu patrimônio, ou na iminência de fazê-lo, exigindo-se apenas a demonstração de fumus boni iuris, consistente em fundados indícios da prática de atos de improbidade, o que não fora reconhecido pela Corte Local.

2. No mesmo sentido: REsp 1319515/ES, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 22/08/2012, DJe 21/09/2012; AgRg no REsp 1414569/BA, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 06/05/2014, DJe 13/05/2014; AgRg no AREsp 194.754/GO, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 1º.10.2013, DJe 9.10.2013. Agravo regimental improvido". (AgRg no REsp 1.419.514/PE, rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, j. em 07/08/2014, DJe 15/08/2014) [grifou-se]

Nesse sentido: REsp 1.098.824/SC, rel. Min^a. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 04/08/2009; AgRg no REsp 1.419.514/PE, rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 15/08/2014; REsp 1.319.515/ES, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, rel. p/ Acórdão Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 21/09/2012; AgRg no REsp 1.414.569/BA, rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 13/05/2014; AgRg no REsp 1.407.616/SC, rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. em 24/04/2014, DJe 02/05/2014." (TJSC, Agravo de Instrumento n. 0158457-68.2015.8.24.0000, de Balneário Camboriú, Rel. Des. Carlos Adilson Silva, Primeira Câmara de Direito Público, j. em 12-12-2017).

Desnecessária, assim, maior digressão a respeito da legalidade da determinação de indisponibilidade realizada pelo juízo *a quo*.

Quanto ao montante, indisponibilizado, de propriedade dos réus, ora agravantes, cabe colacionar elucidativa ementa de julgado do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. LIMITE DA CONSTRICÇÃO. QUANTUM SUFICIENTE AO INTEGRAL RESSARCIMENTO DO DANO.

RECURSO ESPECIAL DA UNIÃO **1. O Superior Tribunal de Justiça, ao interpretar o art. 7º da Lei 8.429/1992, tem decidido que, por ser medida de caráter assecuratório, a decretação de indisponibilidade de bens, incluído o bloqueio de ativos financeiros, deve incidir sobre quantos bens se façam necessários ao integral ressarcimento do dano, levando-se em conta, ainda, o potencial valor de multa civil, excluindo-se os bens impenhoráveis.**

2. A Corte local determinou a limitação da indisponibilidade de bens a 1/30 do valor do alegado prejuízo a cada um dos réus da Ação de Improbidade, com base no decidido no julgamento do REsp 1.119.458/RO (Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, DJe 29/4/2010).

Com efeito, no referido acórdão, o STJ defendeu a compatibilidade entre a solidariedade passiva e as obrigações divisíveis para determinar que

a constrição incidisse sobre cada patrimônio na medida da responsabilidade de cada agente.

3. Contudo, tal procedimento apenas pode se dar em casos em que a responsabilidade de cada um dos agentes é clara e indubitavelmente determinada, o que não ocorre no caso dos autos.

4. **O entendimento dominante neste Superior Tribunal é o de que a responsabilidade é solidária até, ao menos, a instrução final do feito, em que se poderá delimitar a quota de responsabilidade de cada agente para o ressarcimento.** Precedentes: REsp 1637831/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 19/12/2016; AgRg no AREsp 698.259/CE, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 04/12/2015; EDcl no AgRg no REsp 1351825/BA, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 14/10/2015 Precedentes: MC 15.207/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 10/02/2012; MC 9.675/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 03/08/2011). **Com efeito, se a responsabilidade é solidária em relação à obrigação principal, não pode deixar de ser no que tange à obrigação acessória.**

5. **No caso, não foi ainda apurado o grau de participação de cada agente nas condutas tidas por ímprobas, razão pela qual é inviável, no presente momento, permitir a limitação da indisponibilidade dos bens ao resultado da divisão de tal valor com os demais réus da ação.** A propósito: REsp 1.438.344/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 09/10/2014; MC 9.675/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 03/08/2011.

RECURSO ESPECIAL DE MARCELO DE OLIVEIRA GUIMARÃES

6. A Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.366.721/BA, sob a sistemática dos recursos repetitivos (art. 1.036 do Novo Código de Processo Civil), consolidou o entendimento de que o decreto de indisponibilidade de bens em Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa constitui tutela de evidência e dispensa a comprovação de dilapidação iminente ou efetiva do patrimônio do legitimado passivo, uma vez que o periculum in mora está implícito no art. 7º da Lei 8.429/1992 (LIA).

7. Ademais, a análise das pretensões do recorrente, com o objetivo de que o Superior Tribunal de Justiça reveja a ótica do Tribunal a quo, demanda e reexame fático-probatório, o que é vedado pela Súmula 7 do STJ.

CONCLUSÃO 8. Recurso Especial da União provido. Recurso Especial do particular não provido.

(REsp 1610169/BA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 2.5.2017, DJe 12.5.2017 - Destaques).

No que se refere à prática dos atos ímprobos é salutar ressaltar que, por ora, apenas cabe a análise de indícios de autoria e participação dos agravantes em relação aos atos mencionados pelo autor da ação, ora agravado.

No caso concreto a parte Autora, ora agravada, afirma que os ora agravantes, direta ou indiretamente, participaram de organização criminosa que buscava organizar licitações forjadas, previamente ajustadas com

servidores públicos mediante pagamento de vantagens indevidas.

Menciona a peça inicial que Miguel Atilio Roani era responsável pelo gerenciamento das pessoas jurídicas Hidroani Poços Artesianos Ltda. e Roani Comércio de Máquinas Ltda., juntamente com sua esposa Elizete Roani e seus filhos Rafael Roani e Cristiane Salete Roani. Estes, juntamente com Arilton dos Santos Clezar, ajustaram suas condutas de forma organizada, definida, habitual e permanente para as práticas supracitadas.

Neste sentido cabe mencionar trecho da inicial formulada pela parte Autora, ora Agravada (fl. 17 SAJ-PG):

"Nunca é demais recordar que documentos assinados, carimbos, envelopes timbrados e mesmo orçamentos das últimas empresas [Maravilha e Aquática] foram encontrados no estabelecimento da empresa HIDROANI POÇOS ARTESIANOS LTDA., na cidade de Concórdia, em 28 de novembro de 2013, data do cumprimento dos mandados de busca e apreensão da Operação Fundo do Poço, o que evidencia o conluio criminoso/ímprobo entre os empreendedores nominados.

Além disso, também na mesma data, quando da abordagem de ADEMIR CARNIEL, funcionário da empresa HIDROANI, logrou-se êxito em apreender dentro de sua maleta pessoal, propostas de preços, documentos fiscais, contrato social e demais documentos necessários para habilitação em licitação, pertencentes e assinados pelas empresas EQUIPAMENTOS HIDRÁULICOS MARAVILHA LTDA. e AQUÁTICA POÇOS ARTESIANOS LTDA., conforme se afere na documentação de fls. 876-923, referente à Licitação Carta Convite n. 88/2013, que seria aberta no Município de Abdon Batista.

Ou seja, o representante da empresa HIDROANI iria comparecer e participar no certame licitatório portando e utilizando a documentação de habilitação e as propostas das três empresas que participariam do certame, o que demonstra o vínculo espúrio entre as empresas, voltadas a permitir o direcionamento do certame à HIDROANI.

(...)

Assim, tem-se que participaram e concorreram direta e indiretamente para o direcionamento indevido e a fraude na licitação Carta Convite n. 03/2010, os demandados Miguel Roani [dono de fato da Hidroani e articulador do esquema], CRISTIANE SALETE ROANI e RAFAEL ROANI [filhos de Miguel Roani e sócios da empresa Hidroani], ARILTON DOS SANTOS CLEZAR [braço direito de Miguel, conhecedor e colaborador do esquema] (...) HIDROANI POÇOS ARTESIANOS [empresa beneficiada] (...).".

Os fatos descritos, ao menos para esta estreita via de análise, que se restringe a verificação de meros indícios da prática de ato ímprobos, são suficientes para permitir o andamento da ação nos moldes propostos na origem, visto que os ora agravantes, cada um em seu papel, teriam auxiliado

na fraude à licitação praticada pelos demais réus.

Entendo, também, que seria prematura a declaração de ilegitimidade do réu Arilton dos Santos Clezar, ora agravante, sob o argumento de se tratar de mero funcionário da pessoa jurídica Ré, Hidroani Poços Artesianos Ltda, visto que este é citado como braço direito de Miguel, conhecedor e colaborador do esquema.

A instrução poderá demonstrar de forma escorreita a legitimidade ou não de todas as partes, mesmo porque tal preliminar se confunde com o mérito e será, assim, melhor analisada na origem posteriormente.

Neste sentido:

5. Tem prevalecido na jurisprudência do STJ o entendimento de que a aferição das condições da ação deve ocorrer in status assertionis, ou seja, à luz das afirmações do demandante (Teoria da Asserção). Nesse sentido: AgRg no AREsp 205.533/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 8/10/2012; AgRg no AREsp 53.146/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 5/3/2012; REsp 1.125.128/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 18/9/2012." (REsp 139.5875/PE, rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, j. em 20/02/2014).

Isso posto, voto pelo conhecimento e parcial provimento do presente recurso de agravo de instrumento, a fim de afastar a determinação de proibição de contratação com o poder público, exarada pelo juízo *a quo* em análise liminar.

Este é o voto.

Declaração de Voto Vencedor:

Ementa aditiva

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PROIBIÇÃO DE CONTRATAR COM O PODER PÚBLICO – MEDIDA LIMINAR – POSSIBILIDADE – APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E DA LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

A Lei de Improbidade Administrativa prevê duas medidas de urgência: a indisponibilidade de bens e o afastamento de agente público. A qualquer procedimento especial, entretanto, se aplica subsidiariamente o Código de Processo Civil. Adite-se que a Lei da Ação Civil Pública vale identicamente em termos supletivos quanto à Lei 8.429/92. Nos dois casos existe ampla admissão da tutela de urgência, fugindo-se da simplicidade de meios apenas nominados de proteção. O que for compatível com a necessidade do caso concreto pode ser requerido e deferido incidentalmente em ação de improbidade.

Seria, aliás, um paradoxo que no caminho comum houvesse expedientes mais amplos de tutela, que haveriam de ser compreendidos restritivamente no campo enérgico da proteção da probidade administrativa.

Proibição de contratar com o poder público que era admissível e foi mesmo adequadamente determinada.

1. Convergimos todos, na essência, quanto à solução do agravo.

Houve divergência (vencido nesse aspecto o relator) quanto à possibilidade de liminarmente se proibir a contratação com o Poder Público.

Tenho que seja possível e a acusação de fraude em licitação é razão bastante para criar a urgência da medida.

É verdade que existe a compreensão (alertada inclusive pelo relator) de que a tutela de urgência deva se limitar, em tese, à indisponibilidade e ao afastamento de agente público (arts. 7º e 16 da Lei 8.429/92).

Destaco, todavia, que a norma especial não pode ter a aspiração de reger na integralidade o rito especial. Ali apenas constam o que existe de particular, mas não derroga a incidência das disposições comuns, notadamente do CPC. Sempre é assim, aliás, em se cuidando de procedimentos especiais. O Código é convocável sob pena de não haver como sequer permitir o processamento integral da causa submetida ao dito procedimento especial.

Desse modo, como a tutela de urgência, não é uma extravagância no NCP (como já não era no CPC de 1973), o que for compatível com as necessidades do caso concreto pode ser complementado pelo veio comum.

Aqui, seria uma temeridade permitir que continuassem contratações que poderiam novamente ser maculadas. Trata-se de tutela inibitória, admissível pelo CPC (o antigo e o novo), podendo ser perfeitamente estendida subsidiariamente à Lei 8.429/92.

O Promotor de Justiça Pedro Roberto Decomain apropriadamente expõe:

Nas ações civis públicas intentadas com base na Lei n. 8.429/92, admite-se também tutela antecipada, nos termos do art. 273 do CPC, desde que atendidos os respectivos pressupostos. A ação poder versar, por exemplo, a nulidade de um dado contrato celebrado pela Administração sem prévio procedimento licitatório, mesmo sendo este de rigor. O contrato pode ainda não ter tido sua execução iniciada. Pagamentos pela Administração podem ainda não haver sido realizados. Pagamentos podem já ter ocorrido, existindo, todavia, ainda um saldo a pagar. Vislumbrando-se improbidade administrativa em situação como essa, bem melhor evitar desde logo que o contrato seja cumprido, e que pagamentos sejam realizados, do que depois reaver o numerário correspondente.

Embora a Lei n. 8.429/92 não o preveja expressamente, nessa matéria deve ocorrer interpretação sistemática de todas as normas que se destinam a proteger o patrimônio

público. Por força dessa exegese amplamente compreensiva e integradora de todos os preceitos relacionados ao tema, cabe invocar, por analogia, nas ações relativas a atos de improbidade administrativa, a regra do parágrafo 4º, do art. 5º, da Lei n. 4.717/65, que disciplina a ação popular. Aquele dispositivo, acrescido à Lei pela de n. 6.513, de 20 de dezembro de 1977, autoriza expressamente a “suspensão liminar” do ato lesivo impugnado na ação popular.

Também há espaço aqui para aplicação analógica do art. 12 da Lei n, 7.347/85, que disciplina a ação civil pública, o qual, ainda que em terminologia pouco feliz, afirma que “poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificativa prévia, em decisão sujeita a agravo”.

Nos dois casos - ação popular e ação civil pública -, cuida-se de verdadeira hipótese de antecipação de tutela ou de algum dos seus efeitos. O que se pretende será justamente o reconhecimento da nulidade e lesividade do ato que se impugna na ação, Suspendendo-se desde logo a eficácia do ato, evitando-se com isso que dele emanem quaisquer novos efeitos, até solução final da demanda, antecipa-se um dos efeitos da tutela definitiva, que será justamente a cessação dos efeitos do ato. (*Improbidade administrativa, Dialética*, 2007, p. 285-286)

Tiro daí, realmente, essa autorização ampla para medidas sob cognição sumária que a situação específica recomendar, fugindo-se da afirmação precipitada de que a Lei de Improbidade, em paradoxo, seria avara quanto aos poderes do juízo.

Friso, ainda, que um dos precedentes citados pelo relator (oriundo da 4ª Câmara de Direito Público), na realidade chegou à mesma conclusão agora posta – e na época, vogal, expus voto vencedor como este.

2. Assim, quase na íntegra seguindo o eminente Desembargador Artur, conhecia e negava (integralmente) provimento ao agravo.

Florianópolis, 16 de abril de 2018.

Desembargador Hélio do Valle Pereira