

ano 16 - n. 65 | julho/setembro - 2016
Belo Horizonte | p. 1-300 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v16i65
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional
www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C - ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA
Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

INSTITUTO DE DIREITO
**ROMEUFELIPE
BACELLAR**

© 2016 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º andar – Savassi – CEP 30130-012 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003) – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A1 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2015, a revista foi classificada no estrato A1 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de intersecção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- *Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

A possibilidade de afastamento liminar de agentes públicos com prejuízo da remuneração em decorrência de vícios na investidura em cargo ou função pública

The possibility of preliminary removal of public agents without compensation as a result of fraud in the appointment

Gabriel Marson Junqueira*

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (São Paulo, Brasil)
g_junqueira@yahoo.com

Rafael de Oliveira Costa**

Universidade Federal de Minas Gerais (Minas Gerais, Brasil)
rafaelcosta22000@gmail.com

Recebido/Received: 17.02.2015 / February 17th, 2015

Aprovado/Approved: 01.07.2015 / July 01st, 2015

Resumo: O presente estudo busca, ao atentar para a necessária reaproximação entre Direito e Ética na interpretação da norma, compreender o impacto das revelações trazidas pela hermenêutica do microssistema processual coletivo para a concessão de antecipação de tutela de afastamento de agentes públicos com prejuízo da remuneração, questão aqui escolhida para debate por representar, indubitavelmente, um

Como citar este artigo/*How to cite this article:* JUNQUEIRA, Gabriel Marson; COSTA, Rafael de Oliveira. A possibilidade de afastamento liminar de agentes públicos com prejuízo da remuneração em decorrência de vícios na investidura em cargo ou função pública. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 65, p. 277-291, jul./set. 2016. DOI: 10.21056/aec.v16i65.268.

* Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (São Paulo-SP, Brasil). Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUC-Campinas. Promotor de Justiça no Estado de São Paulo. E-mail: g_junqueira@yahoo.com.

** Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (Belo Horizonte-MG, Brasil). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) / Universidade de Wisconsin (EUA). Promotor de Justiça no Estado de São Paulo. E-mail: rafaelcosta22000@gmail.com.

dos grandes desafios do combate à corrupção na contemporaneidade. Assim é que, a partir da distinção entre ação de improbidade e ação civil pública, procura-se estabelecer o “fechamento hermenêutico” das normas que regem o processo coletivo, permitindo a concessão de tutela antecipada, liminarmente, para a sustação de todos os efeitos de concurso público fraudulento, com o conseqüente afastamento da pessoa beneficiada com prejuízo de sua remuneração.

Palavras-chave: Concursos públicos. Afastamento liminar de servidor público. Ação civil pública. Hermenêutica constitucional. Antecipação de tutela.

Abstract: This study seeks to attend to the necessary rapprochement between Law and Ethics in the interpretation of the rule, understand the impact of the revelations brought about by the collective hermeneutics procedural microsystem for granting preliminary injunction on the expulsion of public officials at a loss of pay, issue chosen for discussion here because it represents undoubtedly one of the great challenges of fighting corruption in contemporary times. So that, from the distinction between misconduct action and public civil action, seeks to establish the “hermeneutic closure” of the rules governing the collective process, allowing for preliminary injunction at the outset for the restraining effects of all fraudulent tender, with the consequent expulsion of the person benefited to the detriment of their remuneration.

Keywords: Public contests. Preliminary removal of public servants. Class action. Constitutional hermeneutics. Provisional injunction.

Sumário: **1** Introdução – **2** Da cumulação de pedidos nas demandas de improbidade administrativa – **3** Da tutela de urgência no afastamento de agentes públicos aprovados em certames viciados – **4** Conclusões – Referências

1 Introdução

Passados mais de vinte anos da edição da Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), algumas conclusões parecem possíveis.

De um lado, tal diploma legislativo constituiu, indubitavelmente, um grande avanço, em termos de controle judicial da Administração Pública, munindo a sociedade brasileira, em última análise, de importantes ferramentas para a repressão e a prevenção do mau uso da coisa pública.¹

Por outro lado, igualmente inegável que a sua aplicação tem sido fonte de insegurança aos jurisdicionados. Afinal, não raro, é aplicada a situações que *não* deveriam estar sob o seu jugo, assim como, em tantas outras, tem deixado de ser aplicada, quando deveria sê-lo.

O presente estudo objetiva analisar a possibilidade de afastamento liminar de agente público, com prejuízo de sua remuneração, quando ocorre vício na investidura, situação que, equivocadamente, tem sido submetida ao crivo da Lei nº 8.429/92, quando, na verdade, demanda uma interpretação sistemática das normas que regem o processo coletivo, conferindo especial atenção à Lei nº 4.717/65.

¹ Infelizmente, no Brasil e em várias outras partes do mundo, muitos ainda se esquecem da célebre lição de Thomas Jefferson, principal autor da Declaração de Independência dos EUA e tido como um dos *pais fundadores* da nação, de que “Quando um homem assume uma função pública, deve considerar-se propriedade do público”.

Como cediço, o conceito de improbidade administrativa está intimamente ligado à ideia de moralidade administrativa, princípio constitucional basilar da Administração Pública, previsto no *caput*, do art. 37, da Constituição Federal. E, a respeito do conteúdo desse postulado, é oportuno recordar, com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que:

[...] sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento (...), embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a ideia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa.²

A inserção do princípio da moralidade na Constituição, como se sabe, decorreu da forte influência do neoconstitucionalismo, fenômeno que busca a reaproximação entre Direito e Ética, especialmente após a Segunda Grande Guerra.

O princípio jurídico da moralidade administrativa exige respeito a padrões éticos, de boa-fé, decoro, lealdade, honestidade e probidade incorporados pelo conceito de excelência na Administração Pública. O tratamento dispensado à coisa pública, ainda que não imposto diretamente pela lei, passa a fazer parte dos comportamentos socialmente esperados do administrador público.

Nesse sentido, o art. 2º, parágrafo único, IV, da Lei nº 9.784/99, define a moralidade nos processos administrativos como um dever de “atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé”.

A improbidade administrativa, por sua vez, pode ser entendida como uma imoralidade administrativa qualificada,³ em razão de sua ilicitude acentuadamente grave.

Sendo igualmente graves as sanções decorrentes da aplicação da Lei nº 8.429/92 – em homenagem à segurança jurídica –, somente as condutas tipificadas em seus arts. 9º, 10 e 11 podem ser consideradas violações à probidade administrativa,⁴ desde que presentes, ainda, o dolo ou a culpa.⁵

Majoritariamente, tem-se dado o nome de *ação de improbidade administrativa* à demanda destinada a levar a efeito essas sanções, previstas no art. 12, do mesmo diploma. Não se ignora, todavia, que ainda paira controvérsia quanto ao enquadramento, ou não, dessa demanda no gênero *ação civil pública*. Entendemos, contudo, que assiste razão àqueles que defendem que não se deve atribuir o mesmo rótulo a

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2007.

³ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 119.

⁴ Ressalte-se, por oportuno, que nada obsta a aplicação da Lei nº 8.429/92 quando a conduta se subsumir apenas ao *caput* dos arts. 9º, 10 e 11, o que, em termos práticos, significa que o rol previsto em cada dispositivo tem natureza meramente exemplificativa.

⁵ Por fugir ao objetivo deste trabalho, não será aprofundada a questão do elemento subjetivo necessário à configuração do ato de improbidade administrativa, isto é, não se investigará se a modalidade culposa está adstrita aos casos do art. 10, ou se, ao revés, também é possível nas hipóteses dos arts. 9º e 11, sem embargo da relevância do tema.

realidades distintas. O procedimento previsto na Lei nº 8.429/92 é diverso daquele estatuído pela Lei nº 7.347/85, que rege a ação civil pública, como também são diferentes os objetivos dessas duas espécies de demandas.

Em matéria de patrimônio público, essa derradeira distinção, ligada à diversidade de objetos, nem sempre é clara. Possível, no entanto, dizer que, enquanto as ações civis públicas têm como desiderato preservar ou recompor o erário, as ações de improbidade administrativa têm como objetivo primordial punir os responsáveis pela prática de atos de improbidade.⁶

Não sem relevo, portanto, a distinção proposta.

Ressalte-se, contudo, que a distinção terminológica não obsta, de modo algum, a possibilidade de cumulação de pedidos na *ação de improbidade administrativa*, respeitados, evidentemente, os requisitos do art. 292, do CPC.

Não bastasse, é preciso deixar claro que o pedido de aplicação das sanções previstas na Lei nº 8.429/92 deve estar subordinado aos parâmetros por ela estabelecidos, o que inclui, obviamente, as diversas modalidades de tutelas de urgência ali regulamentadas.

De outro modo, os pedidos típicos das *ações civis públicas* devem encontrar substrato em regime próprio, especialmente aquele previsto na Lei nº 7.347/85 e no Código de Defesa do Consumidor.

Em assim sendo, não se ignora que a lei de improbidade administrativa juntamente com a lei de ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso compõem um microssistema de tutela dos interesses transindividuais e, sob esse enfoque interdisciplinar, interpenetram-se e complementam-se. O problema, contudo, está em determinar a forma como deve ocorrer essa complementação, para a consolidação de uma verdadeira teoria hermenêutico-processual-coletiva.

Segundo entendemos, essa complementariedade sistêmica não pode ignorar a complexidade de se interpretar, sistematicamente, as Leis nº 8.429/92 e nº 4.717/65.

O problema pode ser visto, em sua forma mais acentuada, na aplicação do art. 20, parágrafo único, da Lei de Improbidade Administrativa, que viabiliza o afastamento liminar de agente público, *sem* prejuízo de sua remuneração e *apenas* quando a medida é necessária à instrução processual, aos casos de investidura fraudulenta na função pública – ou seja, quando ingressar no serviço público por concurso espúrio.

Imagine-se que determinado indivíduo tome posse e entre em exercício em cargo público por meio de concurso absolutamente fraudulento – infelizmente, algo nada

⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 110-111.

raro no âmbito municipal. Posteriormente, a notícia da fraude chega até o Ministério Público, que passa, então, a colher elementos, via inquérito civil.

Semanas depois, convencido da fraude, o membro do Ministério Público ajuíza a demanda correspondente, pedindo a anulação do certame e a condenação dos envolvidos nas sanções do art. 12, da Lei de Improbidade Administrativa.

Nesse caso, a teoria hermenêutica do processo coletivo será levada às suas últimas consequências quando indagarmos: havendo elementos contundentes que revelem a fraude e pedido para afastamento imediato do agente irregularmente investido na função pública, dever-se-ia aplicar o art. 20, parágrafo único? Em outras palavras, em sendo determinado o afastamento liminar do servidor público em razão de vício em sua investidura, deve ser mantida a sua remuneração? E, finalmente, o afastamento teria de ficar adstrito aos casos de necessidade para a instrução processual?

Como se verá a seguir, a exegese mais adequada do microsistema processual coletivo implica uma resposta negativa a todos esses questionamentos. Isso porque a interpretação da Lei nº 8.429/92 de forma isolada implica, indubitavelmente, prejuízo flagrante aos interesses transindividuais, segundo passaremos a expor a seguir.

2 Da cumulação de pedidos nas demandas de improbidade administrativa

Respeitados os requisitos do art. 292, do CPC, a cumulação de pedidos é amplamente admitida no processo civil moderno. Cuida-se de importante decorrência da progressiva diminuição do apego a formalismos e do crescente prestígio do princípio da instrumentalidade das formas.

Nas palavras de Eduardo Couture (1994, p. 70), o processo é instrumento de “programação do debate judicial”. Em outros termos, é meio para a concretização do direito material.

Sendo o processo instrumento, suas formas devem ser interpretadas de acordo com a finalidade para a qual foram criadas. Daí a necessidade de admissão da cumulação de pedidos, em geral, e na ação de improbidade, em particular.

Em passagem sobre a ação civil pública, Teori Albino Zavascki afirma:

Não teria sentido imaginar que a tutela de direitos transindividuais (difusos e coletivos) que exigisse prestações variadas devesse ser prestada em demandas separadas, uma para cada espécie de prestação. Isso, além de atentar contra o princípio da instrumentalidade e da economia processual, acarretaria a possibilidade de sentenças contraditórias e incompatíveis para a mesma situação de fato e de direito.⁷

⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 73.

Por idênticas razões, essa lição é perfeitamente aplicável à ação de improbidade administrativa. Eventual negativa de cumulação de pedidos em demandas dessa natureza constituiria, por óbvio, flagrante afronta aos princípios da instrumentalidade, da economia processual, da segurança jurídica e da celeridade da prestação jurisdicional. *Ubi eadem est ratio, ibi ide jus*.

Ademais, seria teratológico negar, sem qualquer motivo razoável, no âmbito do processo coletivo, o que se permite amplamente na tutela de direitos individuais, em consonância com o art. 292, do CPC.

Nessa linha, Rogério Pacheco Alves⁸ defende a possibilidade de cumulação de pedidos em sede de ação civil de improbidade, sempre que tal solução se apresentar a mais adequada ou necessária à tutela do patrimônio público. Ressalta, ainda, o festejado doutrinador, ser bastante comum o cúmulo de pretensões condenatórias (v.g., aplicação das sanções do art. 12) e constitutivas, notadamente constitutivo-negativas. Eis alguns exemplos: a) contratação decorrente de procedimento licitatório viciado, com dano ao patrimônio público; b) irregular cessão gratuita de bem público; c) anulação de “privatização” contrária ao interesse público; e d) anulação de concurso público viciado.⁹

A rigor, a cumulação de pretensões condenatórias e desconstitutivas, no âmbito da proteção ao patrimônio público, não constitui novidade, haja vista o que dispõe o art. 11, da Lei nº 4.717/65:

[...] a sentença que julgando procedente a ação popular decretar a invalidade do ato impugnado, condenará ao pagamento de perdas e danos os responsáveis pela sua prática e os beneficiários dele [...].

Não por outras razões, o Superior Tribunal de Justiça tem admitido a cumulação de pedidos nas demandas de improbidade. A título de exemplo, no Recurso Especial nº 757.595/MG, relatado pelo Min. Luiz Fux e julgado em 04.03.2008, assentou-se que, na ação destinada a levar a efeito as sanções do art. 12, “mostra-se lícita a cumulação de pedidos de natureza condenatória, declaratória e constitutiva [...]”.

Evidentemente, havendo cumulação de pedidos, alguns lastreados na Lei de Improbidade Administrativa e outros não, deve ser observado o procedimento mais amplo, em homenagem ao art. 292, §2º, do CPC, corolário da ampla defesa e do *due process of law*.¹⁰

⁸ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011, p. 840.

⁹ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011, p. 841.

¹⁰ Ressalte-se, por oportuno, que a própria Lei nº 8.429/92 dispõe, em seu art. 17, que “A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar”. Nesse liame, incumbe observar que eventual adoção do rito previsto pela Lei nº 8.429/92 não implica qualquer prejuízo ao regular andamento do feito, especialmente a partir de uma concepção instrumentalista do processo, uma vez que a possibilidade de oferecer defesa prévia não elide a adoção, na segunda fase, do rito ordinário.

Não havendo, pois, dúvida quanto à admissibilidade de cumulação de pedidos condenatórios, constitutivos e declaratórios, no âmbito da *ação de improbidade administrativa*, resta saber como deve, cada um deles, ser visto. Isto é, tudo que naquele canal foi deduzido deve ser encarado pela ótica da Lei nº 8.429/92, ou cada pretensão deve ser analisada a partir do seu regime jurídico próprio, eis que apenas acidentalmente estão reunidas, por questões de economia, segurança e celeridade?

Consoante lição corrente na doutrina, com consectários amplamente admitidos pelos tribunais, nos casos de cúmulo de pretensões, há, na verdade, cumulação de diversas ações, pois cada pedido distinto representa uma lide a ser composta pelo órgão jurisdicional, ou seja, uma pretensão do autor resistida pelo réu.¹¹

Em outras palavras, nas hipóteses de cumulação de pedidos em *ação civil de improbidade*, em verdade, tem-se, muito provavelmente, ação civil de improbidade cumulada com ação civil pública comum, sendo certo, como visto anteriormente, que elas possuem regramentos distintos e lógicas próprias.

Assim, o procedimento previsto na Lei nº 8.429/92 é diverso daquele estatuído pela Lei nº 7.347/85, como também são diferentes os objetos perseguidos nas duas espécies de demandas – em matéria de patrimônio público, enquanto as ações civis públicas teriam, por desiderato, que preservá-lo ou recompô-lo, as ações de improbidade administrativa teriam, como objetivo primordial, que punir os responsáveis pela prática de atos de improbidade.¹²

Acerca do tema, Teori Albino Zavascki ensina que a ação civil de improbidade tem dupla face:

[...] é repressivo-reparatória, no que se refere à sanção de ressarcimento ao erário; e é repressivo-punitiva, no que se refere às demais sanções. Quanto ao primeiro aspecto, ela é semelhante à ação civil pública comum [...].¹³

E conclui asseverando que, relativamente ao pedido de ressarcimento de danos, “há de se lhe dar, no que couber, o tratamento processual próprio da ação civil pública”.¹⁴

Ora, se assim o é no tocante ao pedido de ressarcimento de danos ao erário, que encontra respaldo na Lei nº 8.429/92, quiçá quanto a eventuais pretensões de natureza declaratória, constitutivo-negativa ou mandamental. Nesses últimos casos, com muito mais razão, o regime jurídico só pode ser o da ação civil pública, jamais

¹¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 359.

¹² ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 110-111.

¹³ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 123.

¹⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 124.

o da Lei de Improbidade Administrativa, pois aqui não encontram qualquer respaldo, embora, acidentalmente, seja respeitado seu rito, o qual se afigura mais amplo.

Em suma, na hipótese de cumulação de pedidos, é preciso distinguir aqueles que efetivamente se relacionam com o regime da Lei nº 8.429/92 daqueles que fogem ao seu âmbito de incidência. Essa distinção adquire ainda mais relevância diante de pedidos de tutela de urgência pelo autor da demanda, que tenham como base o afastamento de agente público, conforme procuraremos demonstrar a seguir.

3 Da tutela de urgência no afastamento de agentes públicos aprovados em certames viciados

3.1 Do aspecto remuneratório

Assentadas essas premissas, retornemos ao exemplo mencionado anteriormente: ação de improbidade aforada em decorrência da realização de um concurso público fraudulento.

Suponhamos que determinado candidato, beneficiado com fraude empregada na realização do concurso, tome posse e entre em exercício.

Em casos dessa estirpe, o legitimado ativo – via de regra, o Ministério Público – provavelmente deduzirá, ao menos, pedido de aplicação das sanções do art. 12, da Lei nº 8.429/92, e outro de nulificação do certame viciado. Com isso, ter-se-á uma ação civil de improbidade cumulada com ação civil pública, de cunho declaratório.

Pelas razões já aduzidas, o tratamento processual a ser dispensado a esta última é o da ação civil pública comum, e não o da ação civil de improbidade, exceto naquilo que diz com o rito processual, que, como afirmado, deve ser o mais amplo.

Ora, nos casos de cúmulo de pedidos, o que, em verdade, existe é cumulação de diversas demandas, afinal, cada pedido deduzido representa uma lide a ser composta pelo Estado-Juiz.

Assim, existindo pedidos cumulados e, pois, ações cumuladas, com regimentos, em parte, diversos, eventuais análises de pedidos de tutela de urgência devem ser feitas com a consciência dessa diversidade de tratamento. Em outras palavras, em se tratando de ação civil de improbidade administrativa aviada em razão de concurso fraudulento, na qual se deduza, além dos óbvios pedidos de imposição das sanções do art. 12, da Lei nº 8.429/92, pedido de anulação ou nulificação do certame maculado, é de suma importância que os pedidos de tutelas de urgência sejam corretamente divisados e devidamente enquadrados em seus respectivos e distintos regimes jurídicos, para então se aferir a presença ou não dos requisitos para concessão.

Em assim sendo, perfeitamente admissível o pedido – e, por óbvio, sua concessão – de antecipação de efeitos da provável tutela desconstitutiva do vínculo do

agente público com a Administração Pública (casos de anulabilidade do certame), ou declaratória de sua nulidade (hipótese, por óbvio, de nulidade). E isso sem qualquer sujeição ao art. 20, parágrafo único, da Lei nº 8.429/92. Afinal, a questão da invalidade ou não do certame se insere no contexto da ação civil pública *encoberta* pela demanda de improbidade.

Nesse liame, a determinação de “suspensão dos efeitos do concurso inquinado” deve implicar o afastamento do agente público contratado *com prejuízo de sua remuneração*.

Oportuno ressaltar que não se defende, aqui, a antecipação de efeitos da pena de perda da função pública ou de provimento cautelar que tenha por objetivo resguardar a instrução processual, matéria regida, aí sim, pelo citado art. 20, *caput*, da Lei nº 8.429/92, mas a possibilidade – clara – de antecipação dos efeitos da tutela que provavelmente desconstituirá ou nulificará o vínculo da pessoa beneficiada pela fraude no concurso com a Administração Pública.

A partir de uma interpretação sistemática dos diplomas legais que regem a matéria – e, por via de consequência, de uma teoria hermenêutica do processo coletivo –, a hipótese, em vez de estar regida pelo art. 20, da Lei nº 8.429/92, está submetida ao art. 5º, §4º, da Lei nº 4.717/65, segundo o qual “na defesa do patrimônio público caberá a suspensão liminar do ato lesivo impugnado”. Embora esse dispositivo venha previsto na lei que regulamenta a ação popular, não se pode questionar a sua aplicabilidade ao processo coletivo como um todo.

Em outras palavras, não se estará pedindo o afastamento do agente público por ter ele, supostamente, praticado um ato de improbidade administrativa, mas sim porque o ato que o investiu nas funções públicas é, provavelmente, inválido. E como a moralidade administrativa é, em verdade, requisito de validade do próprio ato administrativo, incabível que o agente, irregularmente investido na função, venha a continuar sendo remunerado pela Administração Pública. Tanto é assim que não se tem sustentado, ao longo deste trabalho, a viabilidade de afastamento, *com prejuízo de remuneração*, de todos os agentes públicos envolvidos na fraude, mas apenas o do candidato ilegalmente investido na função pública.

Imagine-se que tenham concorrido para a fraude o Prefeito Municipal e um Secretário do Município, bem assim o próprio candidato. Nesse caso, apenas o candidato aprovado, uma vez demonstrada a provável fraude, poderá ser afastado *com prejuízo de sua remuneração e independentemente* de a medida ser ou não necessária à instrução processual.

De outro modo, a suspensão liminar do concurso impugnado em nada afeta, direta e imediatamente, o Prefeito Municipal e seu Secretário, razão pela qual, na hipótese de afastamento, deverá a decisão determinar que continuem a receber as respectivas remunerações.

Em suma, em ocorrendo vício no concurso público, afastar o agente beneficiado mantendo sua remuneração constitui-se em verdadeiro prêmio, e não sanção pela grave lesão provocada à moralidade e probidade administrativas.

Ademais, a regra prevista no parágrafo único, do art. 20, da Lei nº 8.429/92, possui feição cautelar, ao passo que a tutela de urgência aqui defendida (afastamento do “candidato” com prejuízo de sua remuneração) possui feição satisfativa (quanto à ação civil pública, e não quanto à de improbidade) e, portanto, natureza de antecipação de tutela.¹⁵ Em outras palavras, pouco importa se a medida é ou não necessária à instrução processual. Basta que estejam presentes os requisitos exigidos pelo art. 273, do CPC.

Equivocado, portando, o costumeiro entendimento jurisprudencial no sentido de que, diante de ingresso em função pública por meio fraudulento, o afastamento liminar do candidato beneficiado com a fraude ocorra *sem* prejuízo de sua remuneração, devendo, ainda, ser necessário para a instrução processual.

Nesse sentido, vale ressaltar o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, reformando decisão da instância de origem:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. Motorista Executivo. Afastamento cautelar do cargo, com prejuízo dos vencimentos. Medida excepcional. Inteligência do artigo 20, parágrafo único, da Lei nº 8.429/92. Ausência, por ora, de risco à instrução processual. Relação processual ainda não formada. Ausência de *fumus boni juris* e *periculum in mora*. Precedentes do STJ e deste Egrégio Tribunal. Decisão reformada. Recurso provido (Agravo de Instrumento nº 0206835-06.2012.8.26.0000, rel. Des. Ruben Rihl, 8ª Câm. de Direito Público, j. em 20.3.2013).

Não se olvide, contudo, a existência de julgados – embora raros – afastando a aplicação do citado art. 20 aos casos de ingresso ilegítimo no serviço público.¹⁶

Contudo, salvo melhor juízo, neles, o caminho escolhido decorreu da equidade e não da efetiva convicção de ser a solução tecnicamente mais adequada.

3.2 Dos requisitos para a antecipação da tutela

Considerando que ao afastamento liminar de agente público ilegitimamente investigado em função pública não se aplica o art. 20, da Lei de Improbidade

¹⁵ A respeito da distinção, cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória*. São Paulo: RT, 1992, p. 141.

¹⁶ Ver, a propósito, TJ-PR, AI nº 3818274, rel. Des. Rui Bacellar Filho, 4ª Câm. Cível, julgado em 14.08.2007. Segundo o que se extrai do julgado, o art. 20, da Lei nº 8.429/92, “somente se aplica aos servidores regularmente investidos em suas funções e não abrange os acusados de investidura fraudulenta”. Também nessa linha: TJPR, 2ª Câmara Cível, AI 157181-5, rel. Des. Antonio Lopes de Noronha, j. 30.05.2006, DJ 23.06.2006.

Administrativa, e que esse afastamento não tem feição cautelar – mas de antecipação dos efeitos do provimento esperado ao final da demanda –, resta saber quais são os requisitos para sua concessão pelo Estado-Juiz.

De acordo com Humberto Theodoro Júnior,¹⁷ a tutela antecipatória depende, para sua concessão, dos seguintes requisitos: a) requerimento da parte; b) produção de prova inequívoca dos fatos arrolados na inicial; c) convencimento do juiz em torno da verossimilhança da alegação da parte; d) fundado receito de dano irreparável ou de difícil reparação; e e) possibilidade de reverter a medida antecipada, caso o resultado da ação venha a ser contrário à pretensão da parte que requereu a antecipação satisfativa.¹⁸

Importa, na hipótese, analisar a fundo os dois últimos requisitos, uma vez que os primeiros dependem da situação fática e das provas colacionadas aos autos.

Com efeito, o beneficiado com a fraude do concurso público, se permanecer no cargo no decorrer do feito, continuará praticando atos administrativos e se relacionando com terceiros em nome da Administração Pública.

Isso é de todo indesejável, visto que o agente ingressou no serviço público não por mérito, mas sim por vontade de uma ou mais pessoas que, por vezes, possuem o mau vezo de usar seus cargos públicos para atingir interesses próprios.

Ademais, a permanência do agente no cargo representa contínua violação aos princípios da impessoalidade, da moralidade, da legalidade e da eficiência, deixando descrente, no Poder Público, aquele que age com honestidade. É o que Antônio Junqueira de Azevedo convencionou chamar de “dano social”:

[...] os danos sociais são lesões à sociedade, no seu nível de vida, tanto por rebaixamento de seu patrimônio moral (...), quanto por diminuição na qualidade de vida.¹⁹

Assim, a permanência do candidato beneficiado com a fraude no serviço público representa, a cada dia, não só um “rebaixamento maior” do patrimônio moral da Administração Pública, mas também a continuidade do dano ao erário público e do enriquecimento ilícito do agente.

Por fim, no tocante ao último requisito da antecipação de tutela, urge frisar que é irreversível o prejuízo decorrente da manutenção do agente favorecido no serviço público ou seu afastamento *sem* prejuízo de sua remuneração. Ao revés, a concessão de tutela antecipada em casos dessa espécie, suspendendo os efeitos do concurso

¹⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 353.

¹⁸ Por não apresentar relevo para os fins deste trabalho, foi ignorada a modalidade de antecipação conhecida como “antecipação-sanção” (art. 273, inciso II, do CPC).

¹⁹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano: o dano social. *O Código Civil e sua interdisciplinaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 370.

viciado, produz efeitos plenamente reversíveis: improcedente a demanda, o agente público terá assegurado o seu reingresso na Administração, com todas as vantagens daí decorrentes.

Entendendo pela presença do *periculum in mora*, o Tribunal de Justiça do Paraná já decidiu que, por si só, “a contratação irregular acarreta danos ao erário.” E, no tocante à reversibilidade da medida, entendeu, no mesmo julgado, que:

[...] nenhum prejuízo poderá ocorrer com o Agravante se, ao final, venha ser julgado improcedente o pedido deduzido na ação civil pública, tendo em vista que, caso isso aconteça, terá ele garantido o reingresso no cargo e o recebimento dos salários referentes aos meses que ficou afastado (Acórdão nº 381653-5, rel. Rui Bacellar Filho, 4ª Câmara Cível, DJ de 24.8.07).

4 Conclusões

Segundo entendemos, nas hipóteses de vício na contratação de agentes públicos, havendo cumulação de pedidos – improbidade e nulificação ou anulação do certame ou do ato de nomeação –, ainda que se atribua à demanda o nome de *ação civil de improbidade*, é possível a concessão de tutela antecipada, liminarmente, consistente na sustação de todos os efeitos do certame, afastando a pessoa beneficiada com prejuízo de sua remuneração.

Em outras palavras, não se deve cogitar, em casos tais, de aplicação do art. 20, *caput* ou parágrafo único, da Lei nº 8.429/92. A matéria, em vez disso, está submetida ao art. 5º, §4º, da Lei nº 4.717/65, segundo o qual “na defesa do patrimônio público caberá a suspensão liminar do ato lesivo impugnado”.

A possibilidade aqui defendida nada tem que ver, outrossim, com a antecipação de efeitos da possível perda do cargo público, sanção essa regulada pela Lei nº 8.429/92. Também não tem relação com o parágrafo único, do art. 20, do mesmo diploma, medida de nítida feição cautelar e que só deve ser mantida até o final da instrução processual, haja vista seu fim último declarado pela Lei nº 8.429/92.

Note-se que não se está, aqui, propugnando a legitimidade do afastamento, com prejuízo da remuneração, de todos os envolvidos no ato ímprobo, mas tão somente daquele beneficiado com a investidura fraudulenta. De outro modo, a antecipação dos efeitos da pena de perda da função pública, por encontrar embasamento na Lei nº 8.492/92, obviamente não é admitida pela legislação pátria.

Em síntese, a partir de uma interpretação sistemática do microsistema processual coletivo, outra não pode ser a conclusão senão aquela de que a concessão de tutela antecipada dos efeitos do provável provimento desconstitutivo ou declaratório de nulidade ligado à ação civil pública – que se encontra “disfarçado” junto à ação de improbidade administrativa – deve implicar a suspensão da remuneração do agente público.

No entanto, caso a distinção aqui apresentada não venha a ser, em breve, divisada pelos tribunais, os órgãos legitimados à defesa do patrimônio público, fatalmente, não tardarão em adotar, como alternativa, a propositura de ações separadas: uma, com o objetivo de ver aplicadas as sanções do art. 12, da Lei nº 8.429/92; e a outra, com o fim de obter declaração de nulidade ou a anulação do certame fraudado, no bojo da qual se fará pedido de antecipação de tutela, com menor chance de que se venha a cogitar do malfadado art. 20, do mesmo diploma legal.

Essa alternativa, por óbvio, viria em prejuízo da economia processual (eis que ocorreria dupla movimentação da máquina estatal, para enfrentamento do mesmo fato) e da administração da Justiça, tendo em vista o risco de decisões contraditórias e até mesmo inconciliáveis entre si.

Entretanto, ao menos restariam arrefecidos (i) os danos sociais decorrentes da permanência do candidato beneficiado com a fraude no serviço público, e (ii) o prejuízo ao erário, decorrente do eventual afastamento, *com* remuneração, de agente público.

Assim, havendo elementos contundentes que revelem a fraude e pedido para afastamento imediato do agente irregularmente investido na função pública, dever-se-ia aplicar o art. 20, parágrafo único? Em outras palavras, em sendo determinado o afastamento liminar do servidor público em razão de vício em sua investidura, deve ser mantida a sua remuneração? E, finalmente, o afastamento teria de ficar adstrito aos casos de necessidade para a instrução processual?

Como visto, as respostas são, todas, negativas. A pretensão de invalidação do concurso fraudulento não diz, propriamente, com a Lei nº 8.429/92, exceto quanto ao aspecto ritualístico. Logo, eventual pedido de antecipação de efeitos do provável provimento que anulará ou nulificará o certame não se subordina ao art. 20, da Lei nº 8.429/92. Aplicável, na hipótese, o art. 273, do CPC, sendo, portanto, perfeitamente admissível o afastamento do servidor irregularmente investido na função pública *com* prejuízo de sua remuneração. E, por fim, em se tratando de antecipação de tutela, e nada tendo de cautelar, a medida, para ser concedida, prescinde do requisito da “necessidade para a instrução processual”, previsto no parágrafo único, do art. 20, da Lei nº 8.429/92.

Em suma, a consolidação de uma teoria hermenêutica processual-coletiva é indispensável e implica novos riscos para a comunidade jurídica. Contudo, ao se ignorar o desafio, corre-se o risco de se fazer uma interpretação simplista, que impossibilita a integração e utilização conjunta dos diversos diplomas legais, destinados a tutelar, de forma efetiva, interesses de toda a sociedade.

Referências

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

- ALVIM, Eduardo Arruda. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. vol. 1.
- ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *A tutela dos interesses difusos em direito administrativo: para uma legitimação procedimental*. Coimbra: Almedina, 1989.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Por uma nova categoria de dano: o dano social. O Código Civil e sua interdisciplinaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Ato administrativo e direito dos administrados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
- _____. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- _____. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 1988.
- COUTURE, Eduardo J. *Interpretação das leis processuais*. Trad. Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2007.
- DIDIER JR., Fredie Souza. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 6. ed. Salvador: Juspodium, 2006. vol. 1.
- _____. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. O princípio da cooperação: uma apresentação. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 127, 2005.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- _____. *A reforma da reforma*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. *Capítulos de sentença*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011.
- GIDI, Antonio. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil: un modelo para países de derecho civil*. Trad. para o espanhol de Lucio Cabrera Acevedo. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.
- MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- _____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- _____. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- _____. *Tutela inibitória*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- _____. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória*. São Paulo: RT, 1992.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Nulidades do processo e da sentença*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

JUNQUEIRA, Gabriel Marson; COSTA, Rafael de Oliveira. A possibilidade de afastamento liminar de agentes públicos com prejuízo da remuneração em decorrência de vícios na investidura em cargo ou função pública. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 65, p. 277-291, jul./set. 2016. DOI: 10.21056/aec.v16i65.268.
