

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO PUC-SP
Péricles Gonçalves Filho

A Fase Preliminar da Ação de Improbidade Administrativa
sob a Ótica do Modelo Constitucional do Direito Processual Civil

SÃO PAULO
2017

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO PUC-SP

Péricles Gonçalves Filho

**A Fase Preliminar da Ação de Improbidade Administrativa
sob a Ótica do Modelo Constitucional do Direito Processual Civil**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de ESPECIALISTA em Direito Processual Civil, sob a orientação do Prof. Cássio Scarpinella Bueno.

SÃO PAULO

2017

Banca Examinadora

Resumo

A luta contra a corrupção é uma das principais bandeiras defendidas pela sociedade brasileira na atualidade. Um dos instrumentos existentes para combater a imoralidade administrativa é a Lei 8.429/92, a chamada Lei Geral de Improbidade Administrativa. Nesse contexto, há que se respeitar os direitos conferidos ao réu da ação de improbidade administrativa. O presente trabalho almeja demonstrar a mudança de paradigma estabelecido pelo advento do Novo Código de Processo Civil e a necessidade de incidência desta mudança sobre a ação de improbidade administrativa prevista pela Lei 8.429/92, notadamente em relação à fase preliminar instituída pela referida lei, que busca impedir a tramitação de ações injustas. Justifica-se a importância desta análise em razão da importância dos princípios que resguardam a posição do réu da ação de improbidade administrativa, sendo fundamental potencializar o seu direito de defesa nessa fase preliminar, afastando a possibilidade de prolongamento da ação nos casos em que o juiz pode, desde já, extinguir o processo. O presente trabalho analisará ensinamentos doutrinários e julgados do Superior Tribunal de Justiça, apontando os entendimentos que não estão de acordo com a nova hermenêutica que exsurge do Novo Código de Processo Civil.

Palavras-chave: processo civil; improbidade; defesa prévia; rejeição; princípios.

Péricles Gonçalves Filho

A Fase Preliminar da Ação de Improbidade Administrativa
sob a Ótica do Modelo Constitucional do Direito Processual Civil

Abstract

Currently, the Brazilian society fights against corruption. One of the instruments to combat the immorality is Act 8,429/92, the so-called General Law of Administrative Immorality. In this context, it is necessary to respect all the of the defendant of the immorality suit. This paper aims to show the paradigm change established by the Brazilian Code of Civil Procedure and the need to influence this change on the administrative immorality suit established by Act 8,429/92, especially regarding to the preliminary phase established by this Act, which seeks to prevent the prosecution of unfair litigation. The importance of this analysis is justified because of the importance of the principles that safeguard the defendant's position from the administrative immorality action, and it is essential to strengthen his right of defense at this preliminary phase, avoiding the possibility of prolonging the litigation in cases in which the judge may, from now on, reject the accusation. This paper will analyze doctrinal and judicial precedents of the Brazilian Superior Court, pointing out the understandings that are not in agreement with the new hermeneutic provided by the Brazilian Code of Civil Procedure.

Keywords: civil procedure; immorality; preliminary defense; rejection; principles.

Pericles Gonçalves Filho

The Preliminary Phase of the Action of Administrative Immorality
under analysis of the Constitutional Model of Civil Procedural Law

Índice

Introdução

Capítulo I – A Improbidade Administrativa e a Lei 8.249/92

1. Considerações iniciais – A improbidade como espécie de imoralidade: fundamento constitucional
2. A Lei 8.249/92 e a tipologia dos atos de improbidade administrativa
3. Sanções
4. A fase preliminar da ação de improbidade administrativa
 - 4.1. Imputação: a petição inicial
 - 4.2. Defesa prévia
 - 4.3. Juízo de admissibilidade da petição inicial
 - 4.4. A fase preliminar para Rogério Pacheco Alves
 - 4.5. A fase preliminar para Cassio Scarpinella Bueno
 - 4.6. A fase preliminar para Waldo Fazzio Júnior
 - 4.7. A fase preliminar para Wallace Paiva Martins Júnior
 - 4.8. A fase preliminar na jurisprudência do STJ

Capítulo II – O Modelo Constitucional do Direito Processual Civil Brasileiro

1. O Código de Processo Civil de 2015 e a Nova Hermenêutica
2. Os princípios do Direito Processual Civil que se relacionam com a fase preliminar da ação de improbidade administrativa
 - 2.1. Princípio da dignidade da pessoa humana
 - 2.2. Princípio do devido processo legal (devido processo constitucional)
 - 2.3. Princípio do contraditório (cooperação e vedação às decisões surpresa) e ampla defesa
 - 2.4. Princípio da motivação
 - 2.5. Princípio da duração razoável do processo
 - 2.6. Princípio da efetividade do processo (efetividade do direito pelo e no processo)
 - 2.7. Princípio da igualdade processual (paridade de armas)

Capítulos III – Interações entre o CPC de 2015 e a fase preliminar da ação e improbidade administrativa

1. A petição inicial da ação de improbidade administrativa e o “papel de pão”
2. A defesa prévia e o direito subjetivo à rejeição da tutela de improbidade
3. A decisão judicial que recebe a inicial: o dever de motivar na amplitude do § 1º, do artigo 489, do NCPC
4. Crítica às decisões-coringa: a invocação acrítica do princípio *in dubio pro societate* e da teoria da asserção
5. O julgamento parcial de mérito (art. 356 do NCPC) vis-à-vis a decisão prevista no art. 17, § 8º, da LGIA
6. O sistema dos precedentes ‘a brasileira’ (art. 927 do NCPC) e a necessidade de criação de *standards* em relação à fase inicial da ação de improbidade

Conclusão

Introdução

A Lei 8.429/92, a chamada Lei Geral de Improbidade Administrativa (LGIA), fixou um rito similar àquele previsto na seara processual penal, criando uma barreira processual contra lides temerárias e injustas. Assim é que, consoante a regra contida no § 7º, do artigo 17, da LGIA lei, o juiz notifica o requerido para oferecer manifestação por escrito – a chamada defesa prévia. Em seguida, caso se convença da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita, o juiz rejeitará a ação, por meio de decisão fundamentada (§ 8º). Caso contrário, e também por meio de decisão fundamentada, será o réu citado para apresentar contestação (§ 9º).

O presente trabalho visa à análise da fase preliminar da ação de improbidade administrativa sob a perspectiva do “modelo constitucional do direito processual civil brasileiro” positivado pelo Novo Código de Processo Civil, que impõe ao intérprete o dever de adotar a chamada “nova hermenêutica” na (re)interpretação dos princípios (constitucionais) do direito processual civil. O presente trabalho buscará evidenciar que determinados entendimentos doutrinários e jurisprudenciais não estão de acordo com essa nova hermenêutica, o que já evidencia a relevância da discussão que o tema suscita.

A discussão também se mostra relevante sob outro ponto de vista. O delicado momento político-jurídico-social que atualmente vivencia o Brasil também exige uma análise em torno da fase preliminar da ação de improbidade administrativa. A corrupção em solo nacional vem atingindo níveis inacreditáveis. O escândalo de ontem é rapidamente esquecido diante da envergadura do escândalo de hoje, que certamente cederá espaço ao escândalo de amanhã. Isso gera na sociedade enorme perplexidade que muitas vezes descamba não para um sentimento de justiça, mas de verdadeira vingança contra aquele que é arrolado no polo passivo de ação de improbidade. É inegável o sentimento comum predominante que o simples fato de figurar como réu em ação de improbidade já torna o sujeito presumivelmente corrupto. Aqui, os fins justificam os meios.

Nesse contexto, recentemente o Ministério Público Federal deflagrou um movimento denominado “10 medidas contra a corrupção”, em que, sob o pretexto de imprimir celeridade às ações de improbidade administrativa, propõe a extinção da fase preliminar da ação de improbidade¹, sob a alegação de que a duplicação da fase inicial é uma das “duas causas de morosidade das ações de improbidade”.

¹ <http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas>

Por tudo isso se mostra necessário efetuar a análise sobre a fase preliminar da ação de improbidade administrativa. No plano judicial, observa-se um Judiciário emparedado pela opinião pública a dar respostas contundentes a qualquer sinal de corrupção – e o mero ajuizamento de uma ação de improbidade já é interpretado como um sinal de corrupção! Isso gera como resultado o fato de que a fase preliminar tem servido como mero ritual de passagem: os fundamentos que compõem as defesas prévias possuem pouquíssimo ou nenhum valor. Sob o manto do famigerado brocardo *in dubio pro societate*, ou da discutível teoria da asserção, praticamente toda e qualquer ação de improbidade é capaz de driblar (não há termo mais apropriado!) a barreira inaugural e prosseguir rumo à citação do requerido.

O momento é de reflexão, tendo como pano de fundo o já referido “modelo constitucional do direito processual civil brasileiro”, positivado em nosso ordenamento jurídico por intermédio do Novo Código de Processo Civil. Nesse contexto, o princípio da efetividade do processo reclama uma nova compreensão por parte do intérprete, como propõe Cássio Scarpinella Bueno. A efetividade do processo volta-se mais especificamente aos resultados da tutela jurisdicional no plano material, exterior ao processo. Ela será medida pela sua capacidade de tornar reais (concretizados) os direitos controvertidos, ameaçados ou lesionados. Daí cogitar-se em efetividade do direito pelo e no processo.

Sob esta perspectiva, é correto afirmar que o magistrado detém o dever-poder de colocar toda sua atenção na matéria de defesa preliminar invocada pelo requerido, garantindo a este o direito subjetivo público de requerer a tutela jurisdicional para proteção do seu direito subjetivo de não figurar como réu em dada demanda que, se bem analisada à luz da chamada nova hermenêutica, poderá ter como desfecho inevitável a extinção sumária já na fase preliminar. Impõe-se ao juiz, assim, garantir ao requerido a efetividade do direito material previsto no § 8º, do artigo 17, da Lei 8.429/92.

Não se pode desprezar os efeitos perversos que a pendência de uma ação de improbidade administrativa causam sobre o requerido. O simples fato de ser réu de uma ação de improbidade administrativa, independentemente do resultado final da demanda (que tardará a ocorrer não por causa da duplicidade de fases, mas por causa de escaninhos abarrotados de processos!), já representa uma forma de penalização. Além disso, uma medida liminar de indisponibilidade de bens (que, neste caso, trata-se de tutela de evidência, como entende a jurisprudência do STJ) gera aquilo que já se chamou de “a morte civil” do sujeito. Todo este cenário evidencia a necessidade de se respeitar, em toda a sua plenitude, o direito material previsto no § 8º, do artigo 17, da Lei 8.429/92.

Dentro de todo este contexto, o presente trabalho buscará demonstrar a influência do Novo Código de Processo Civil sobre a fase preliminar da ação de improbidade administrativa, notadamente ante a (cada vez mais comum) invocação acrítica do brocardo *in dubio pro societate* e da teoria da asserção.

Gize-se que a presente discussão não pode nunca, jamais ser encarado como uma crítica à atuação dos agentes competentes diante da devida e necessária persecução em face das pessoas que cometeram atos de improbidade. Definitivamente não! A discussão, tão necessária em tempos de quase convulsão social, centra-se na necessidade de se respeitar os direitos fundamentais do cidadão, inclusive e principalmente, daquele que é demandado em uma ação de improbidade administrativa.

Mesmo em um cenário de corrupção sistêmica, é fundamental o respeito aos direitos do cidadão e às regras do jogo. Deve-se, assim, compatibilizar a repressão aos comportamentos desonestos aos direitos e garantias das pessoas contra as quais se dirige a tutela estatal, tornando-se possível sonhar com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, tal qual preconizado pelo artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil.

Capítulo I – A Improbidade Administrativa e a Lei 8.249/92

1. Considerações iniciais – A improbidade como espécie de imoralidade: fundamento constitucional

O ponto de partida da análise da improbidade administrativa é a transgressão da norma jurídica. Diz-se ponto de partida porque a temática de improbidade não se conforma com a mera ocorrência de uma injuricidade, a despeito de, nos tempos atuais, identificar-se uma infeliz e incompreensível tendência de associar-se, acrítica e automaticamente, meras condutas irregulares a atos de improbidade administrativa. A caracterização da improbidade administrativa impõe a configuração de um ato volitivo que viole, de maneira qualificada, o princípio da moralidade administrativa. Por isso, é importante tratarmos com mais vagar o referido princípio.

De estatura constitucional (art. 37, da CF), o princípio da moralidade administrativa corresponde ao conjunto de regras de conduta da Administração que, em determinado ordenamento jurídico, são consideradas os standards comportamentais que a sociedade deseja

e espera². Gize-se que o princípio da moralidade deve ser observado não somente pelo administrador, mas também pelo particular que se relaciona com a Administração Pública. São frequentes, em matéria de licitação, os conluíus entre licitantes, a caracterizar ofensa a referido princípio³.

A moralidade de que trata o dispositivo constitucional não é moralidade comum, mas moralidade jurídica⁴. Deveras, não é qualquer ofensa à moral social que se considerará idônea para dizer-se ofensiva ao princípio jurídico da moralidade administrativa. Este será havido como transgredido quando houver violação a uma norma de moral social que traga consigo menosprezo a um bem juridicamente valorado. Significa, portanto, um reforço ao princípio da legalidade, dando-lhe um âmbito mais compreensivo do que normalmente teria⁵.

A este respeito, elucidativa é a lição de Di Pietro, ao assinalar ser antiga a distinção entre Moral e Direito, ambos representados por círculos concêntricos, sendo o maior correspondente à moral e, o menor, ao direito. Licitude e honestidade seriam os traços distintivos entre o direito e a moral, numa aceitação ampla do brocardo segundo o qual *no omne quod licet honestum est* (nem tudo o que é legal é honesto)⁶.

Infere-se daí ser plenamente possível a produção de um ato formalmente legal, mas materialmente comprometido com a moralidade administrativa. Afinal, a lei pode ser cumprida moralmente ou imoralmente. Basta imaginar, por exemplo, a execução de uma determinada lei com o intuito de prejudicar ou favorecer alguém. Claro que, nesses casos, haverá uma certa dificuldade de identificar o vício da imoralidade e, conseqüentemente, de anular o ato. Mas isso é possível porque a moralidade administrativa não é meramente subjetiva, porque não é puramente formal, porque tem conteúdo jurídico a partir de regras e princípios da Administração⁷.

A despeito da fluidez do conceito de moralidade administrativa, e das dificuldades naturais que daí advêm, o fato é que o legislador constituinte preocupou-se em explicitar que toda a Administração Pública deve ser a ele obediente, sob pena de praticar ato violador de valores que a sociedade entendeu relevantes.

² FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo. 6 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 56.

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 79.

⁴ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 19ª edição, revista e atualizada. Malheiros Editores. 2001, p. 652.

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 17 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 124.

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 77.

⁷ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 19ª edição, revista e atualizada. Malheiros Editores. 2001, p. 652.

O estabelecimento de princípios constitucionais que irão guiar a atividade da Administração Pública já representa um inegável avanço e uma indiscutível mudança na própria disposição da sociedade, no que se refere ao seu relacionamento com a administração e os administradores públicos. O avanço se torna ainda mais significativo quando se voltam os olhos para os princípios escolhidos, especialmente o princípio da moralidade, e que reforçou a necessidade de veiculação, também dentro do próprio texto constitucional, de regras coibidoras da improbidade⁸.

É neste contexto de resgate à ética pública e combate à impunidade que foi positivada, no texto constitucional, a temática de improbidade administrativa. O art. 14, § 9º, assevera que lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. Já o art. 15, inc. V, diz ser vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º, o qual, por seu turno, estabelece que 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. Finalmente, o art. 85, inc. V, diz que atentar contra a probidade na administração é crime de responsabilidade do Presidente da República.

Não há dúvida de que improbidade e moralidade são conceitos intimamente relacionados. Improbidade é desonestidade. Improbidade administrativa é a desonestidade no exercício da função pública. A honestidade no exercício da função pública – a probidade administrativa – é, portanto, qualidade indispensável para a configuração da moralidade administrativa. Pode-se dizer que a probidade administrativa é um dos aspectos da moralidade administrativa⁹.

Em nosso ordenamento pátrio, a concretização dos princípios da moralidade e da probidade dá-se por meio de inúmeras regras, veiculadas pelos mais variados diplomas, dentre as quais a Lei 8.249/92, que, regulamentando o § 4º do art. 37 da CF/88, define os atos de improbidade administrativa e estabelece uma esfera própria de responsabilização. De acordo

⁸ GARCIA, Mônica Nicida. Responsabilidade do Agente Público. 2 ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 219/220.

⁹ GARCIA, Mônica Nicida. Responsabilidade do Agente Público. 2 ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 224.

com o STJ, a finalidade da lei de improbidade administrativa é punir o administrador desonesto, não o inábil, despreparado, incompetente e desastrado (REsp 758639/PB).

Assim, verifica-se que a temática da improbidade possui assento constitucional, sendo que a Lei 8.249/92 constitui um dos instrumentos destinados à tutela da probidade administrativa. Passa-se, a seguir, a realizar breve análise a seu respeito, notadamente em relação aos atos de improbidade administrativa veiculados pelo diploma legal.

2. A Lei 8.249/92 e a tipologia dos atos de improbidade administrativa

A LGIA insere-se dentro do chamado “Direito Administrativo Sancionador”, expressão ineditamente mencionada por Fabio Medina Osório¹⁰ no cenário nacional, em cujo seio se debate o modelo brasileiro de Estado punitivo, que encontra fundamento e limite na Constituição Federal, fora da qual não se pode cogitar na existência de um direito punitivo estatal.

Essa lei é composta de 25 artigos, distribuídos por 8 capítulos. Nela, são tratados temas como os sujeitos ativo e passivo do ato de improbidade; os atos que devem ser tratados como improbidade administrativa para efeitos de incidência da lei; as sanções incidentes; a necessidade de declaração de bens por parte de agentes públicos; regras relacionadas ao processo administrativo e judicial; o crime de representar por ato de improbidade contra agente público ou terceiro beneficiário quando o autor da denúncia o sabe inocente; e a prescrição.

Tratemos, pois, das três espécies de atos de improbidade administrativa definidos pela LGIA. Como referido no tópico anterior, a improbidade administrativa é uma imoralidade administrativa qualificada. E assim é porque somente as condutas tipificadas nos artigos 9º, 10 e 11 da LGIA podem ser consideradas atos de improbidade administrativa. Estes atos podem ser classificados em três espécies: no art. 9º estão descritas as condutas que implicam em enriquecimento ilícito; já no art. 10 constam as condutas que causam prejuízo ao erário; finalmente, no art. 11 estão relacionadas as condutas que atentam contra os princípios da Administração Pública.

A LGIA define o que é cada uma das espécies de ato de improbidade e, em seguida, especifica algumas condutas que se subsumem àquela descrição genérica. O rol de condutas é,

¹⁰ OSÓRIO, Fabio Medina. Direito Administrativo sancionador. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 88.

portanto, meramente exemplificativo, sendo certo que o que importa é que a conduta do agente se enquadre naquela descrição genérica, feita no caput do artigo respectivo¹¹.

De acordo com o art. 9º da LGIA, constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito 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, sendo relacionado um total de 12 incisos contendo situações nas quais há o enriquecimento ilícito como nota principal, ou seja, uma vantagem patrimonial em favor do agente público.

Nas situações descritas no dispositivo em comento, doutrina e jurisprudência são unânimes em afirmar a necessidade da presença do dolo do agente/terceiro. Deve ainda ser ponderado que o art. 9º da LGIA trata daquelas situações em que o agente público beneficia-se com uma vantagem de natureza financeira, patrimonial ou econômica. Deve haver o benefício em termos de dinheiro, bens ou alguma vantagem econômica, haja ou não uma relação de proporcionalidade entre essa e o prejuízo/dano causado ao Poder Público. Dispensável que haja prejuízo ao Poder Público, na tipificação legal exige-se apenas o recebimento da vantagem indevida, não que o ato ou omissão cause ou possa causar dano ao erário¹².

O art. 10 da LGIA trata dos atos de improbidade administrativa que causam lesão ao erário, sendo eles 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 da lei. O dispositivo em comento relaciona 21 incisos cuja nota principal é a lesão ao erário. Punem-se atos ou omissões que causem dano ao patrimônio público, financeiro ou moral, sendo imprescindível a existência de um prejuízo, haja ou não dolo (*dolosas ou culposas*). Mesmo terceiros que tenham vínculo com a Administração Pública serão sujeitos ao regramento do art. 10.

Na esteira do que já se entendia no âmbito da ação popular (art. 4º da Lei 4.717/65), tem prevalecido o entendimento de que a lesão ao erário, como requisito elementar do ato de improbidade previsto no art. 10 da LGIA, não pode ser meramente presumida. Assim, a pena de ressarcimento só é aplicável ao agente se o prejuízo ao erário for real, isto é, tiver conteúdo econômico ou patrimonial, não sendo possível a aplicação da pena se a lesão for considerada do

¹¹ GARCIA, Mônica Nicida. Responsabilidade do Agente Público. 2 ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 246.

¹² CERQUEIRA, Luis Otávio Sequeira de, et al. Comentários à lei de improbidade administrativa. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 110.

ponto de vista moral ou social (como ocorre nos casos em que é realizada tomada de preços quando o correto seria concorrência)¹³.

Recentemente, através da Lei Complementar nº 157, de 2016, foi incluído o art. 10-A, que afirma constituir 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.

Finalmente, o art. 11 da LGIA cuida dos atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública. Assim será considerada qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, relacionando o dispositivo um total de 9 incisos cuja nota principal é a proteção aos princípios que informam a Administração Pública.

Ponto relevante a ser destacado é que a violação às vedações dos arts. 9º e 10 da LGIA sempre terá como consequência a desobediência aos deveres previstos no art. 11. Havendo a vedação do *bis in idem*, deve ser aplicada apenas uma das penas previstas, sempre a para o ato mais grave, atentando para o dever de haver a necessária proporcionalidade (art. 12). Por tal motivo é correto afirmar que a incidência das regras do artigo 11 da LGIA será sempre residual frente aos demais tipos, somente incidindo quando não houver a possibilidade de aplicação das regras dos arts. 9º e 10¹⁴.

3. Sanções

Em seu art. 12, a LGIA trata das penalidades aplicadas ao responsável pelo ato de improbidade, sem prejuízo das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica. Destaca-se, desde já, que as penalidades podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato.

Assim é que, de acordo com o inc. I, a improbidade prevista no art. 9º será apenada com a 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,

¹³ CERQUEIRA, Luis Otávio Sequeira de, et al. Comentários à lei de improbidade administrativa. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 131.

¹⁴ CERQUEIRA, Luis Otávio Sequeira de, et al. Comentários à lei de improbidade administrativa. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014 p. 153.

direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos.

Já o inc. II versa sobre a pena aplicada para o ato de improbidade enquadrado no art. 10, prevendo o 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 intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos.

O inc. III diz que, na hipótese do art. 11, será cominado o 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.

Finalmente, o inc. IV diz que, 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. (Incluído pela Lei Complementar nº 157, de 2016)

Da leitura dos citados dispositivos, verifica-se que a LGIA impõe severas sanções e restrições ao responsável por ato de improbidade administrativa, circunstância que, no entendimento do Min. Luiz Fux (quando ainda se encontrava no STJ), conduz a uma exegese da LGIA *cum granu salis*, máxime porque uma interpretação ampliativa pode acoimar de ímprobos condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público, preservada a moralidade administrativa e, a fortiori, ir além de que o legislador pretendeu (REsp 1103633/MG).

Não se pode deixar de registrar que o parágrafo único do referido dispositivo legal prevê que o juiz, na fixação das penas, levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente. Assim é que, de acordo com entendimento consolidado no STJ, é atribuição do magistrado a realização da dosimetria da pena, não havendo obrigatoriedade de aplicação cumulativa das sanções previstas no art. 12 da Lei n. 8.429/92, que devem ser fixadas em obediência aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e aos fins sociais a que a Lei de Improbidade Administrativa se propõe (AgRg no AREsp 239300/BA). Gize-se que a Corte entende ser viável a revisão da dosimetria das sanções

aplicadas em ação de improbidade administrativa quando, da leitura do acórdão recorrido, verificar-se a desproporcionalidade entre os atos praticados e as sanções impostas (AgInt no REsp 1573264/PB).

4. A fase preliminar da ação de improbidade administrativa

Diferentemente do que ocorre nas demais ações civis, no subsistema da ação de improbidade administrativa foi criada uma fase preliminar para proporcionar um juízo de delibação, em cognição não exauriente, sobre a possibilidade de procedência da demanda. A LGIA criou verdadeira barreira processual contra lides temerárias e destituídas de substrato capaz de conferir. Tal procedimento encontra-se encartado nos §§ 7º, 8º e 9º do artigo 17, da LGIA.

De acordo com a dinâmica fixada por esse subsistema, o juiz irá notificar o requerido para oferecer manifestação por escrito, que aqui denominamos defesa prévia. Com ou sem a apresentação de defesa, o juiz rejeitará a ação caso se convença da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita. Caso contrário, o juiz determinará a citação do réu para apresentar contestação, observando-se, a partir daí, o procedimento comum. Seja qual for a decisão, ela deverá ser fundamentada, podendo o réu recorrer por meio de agravo de instrumento.

O procedimento em questão suscita uma série de controvérsias, tanto na doutrina como na jurisprudência, havendo até mesmo aqueles que propugnem a extinção da referida fase preliminar, o que naturalmente gera enorme insegurança, sendo motivo de preocupação para os operadores do direito e, principalmente, para aqueles que são atingidos pela ação.

Nesse contexto, o Novo Código de Processo Civil inegavelmente potencializa os deveres processuais do autor da ação de improbidade, no que tange à elaboração da petição inicial, assim como do juiz responsável pelo recebimento/rejeição da inicial, no que tange à correta análise das matérias deduzidas na defesa prévia e à fundamentação da decisão.

Para fins analíticos, passa-se a descrever, brevemente, cada uma das etapas que compõem a fase preliminar, para então apresentar alguns entendimentos doutrinários a respeito do tema.

4.1. Imputação: a petição inicial

De acordo com o § 6º, do artigo 17, da LGIA, a ação será instruída com documentos ou justificativa que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, observada a legislação vigente. Ou seja, além de atender aos artigos 319 e seguintes do Novo Código de Processo Civil, que trata dos requisitos da petição inicial, a demanda deve estar regularmente instruída com um mínimo de elementos que justifiquem o seu ajuizamento, notadamente quando se tem em mente a gravidade das sanções previstas.

Afirma-se a necessidade de uma adequação típica entre as condutas apontadas como ímprobas e a relação dos tipos descritos nos arts. 9º, 10 e 11 da LGIA, sob pena de inépcia da inicial: (a) qual a conduta praticada pelo agente e seu enquadramento legal; (b) qual o dano (em sentido amplo) causado ao erário; (c) nexos de causalidade entre o ato e o enriquecimento ilícito, o dano ao erário ou a violação aos princípios constitucionais. O que se veda é o ajuizamento sem qualquer elemento, sem documentos ou provas que justifiquem a afirmativa de que ocorreu a alegada improbidade administrativa, ainda que possa haver a requisição posteriormente com fundamento no §7º do art. 1º da Lei da Ação Popular, mas desde que presente justificativa plausível¹⁵.

4.2. Defesa prévia

O § 7º do art. 17 da LGIA estipula que, estando a inicial em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do requerido, para oferecer manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificativas, dentro do prazo de quinze dias. Trata-se de inovador sistema prévia de admissibilidade da ação que não é utilizado no direito processual civil, qual seja, a possibilidade de ser apresentada uma defesa preliminar visando demonstrar a total ausência de plausibilidade da demanda, considerando a gravidade do seu simples processamento em termos de prejuízos materiais e morais para o réu¹⁶.

Deveras, o legislador buscou criar uma importante barreira processual ao processamento de lides temerárias e injustas, destituídas de base razoável (“indícios suficientes da existência do ato de improbidade”, na dicção do §6º), preservando não só o agente público

¹⁵ CERQUEIRA, Luis Otávio Sequeira de, et al. Comentários à lei de improbidade administrativa. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 137.

¹⁶ CERQUEIRA, Luis Otávio Sequeira de, et al. Comentários à lei de improbidade administrativa. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 329.

e a própria administração, cuja honorabilidade se vê também afetada, como também o Poder Judiciário, órgão da soberania estatal que deve ser preservado de “aventuras processuais”¹⁷.

4.3. Juízo de admissibilidade da petição inicial

Finalmente, dispõe o § 8º do art. 17 da LGIA que, uma vez recebida a manifestação, o juiz, no prazo de trinta dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita. Nesse diapasão, caso o juiz verifique a necessidade de colheita de outros elementos probatórios, ou mesmo porque aqueles apresentados com a defesa não afastaram, de forma peremptória, a prática de ato de improbidade, deverá o julgador receber a inicial, determinando a citação dos réus¹⁸.

Nesta oportunidade, o que se examina é a viabilidade da pretensão, a existência ou não de justa causa. O dispositivo legal veicula expressamente as causas de rejeição: (a) a inadequação da via eleita; (b) improcedência da ação; (c) inexistência do ato de improbidade.

As alternativas postas ao magistrado envolvem o indeferimento da inicial com ou sem juízo de mérito. O indeferimento da inicial, sem juízo de mérito, com base na inadequação da ação, tem abrigo no art. 330, parágrafo primeiro, inc. III, do NCPC, ou seja, se da narração dos fatos não decorre, logicamente, a conclusão. É caso de inépcia da inicial fundada na incompatibilidade entre os fatos narrados e a pretensão posta, a inconcludência. Não se cogita, aqui, de mero erro do autor, na escolha do procedimento, porque, se assim fosse, a falha poderia ser ratificada pelo juiz, de ofício. De mais a mais, pelo art. 17, caput, da LGIA, o rito é ordinário. Trata-se mesmo de ação incabível, não admissível por falta de interesse de agir¹⁹.

O indeferimento, com juízo de mérito, ocorre quando há convicção do juiz sobre a inexistência de ato de improbidade ou quando é improcedente a ação. Na primeira hipótese, pela leitura da inicial e da manifestação do requerido, o juiz se convence de que se trata de pretensão infundada, porque o ato apontado como ímprobo não se enquadra nas hipóteses previstas na legislação. No outro caso, há improcedência cabal tendo em vista a causa de pedir (fatos e fundamentos jurídicos do pedido). A sofrível redação da norma enseja a confusão das

¹⁷ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 3ª edição, revista e ampliada. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2006, p. 722.

¹⁸ CERQUEIRA, Luis Otávio Sequeira de, et al. *Comentários à lei de improbidade administrativa*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 336.

¹⁹ WALDO, Fazzio Júnior. *Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 458.

duas hipóteses. É que, se não há ato de improbidade, a ação é improcedente. De todo modo, registre-se que a improcedência deve ser de modo a ser reconhecida de *visu*, independentemente de perquirições verticais, posto tratar-se de verificação preliminar de justa causa²⁰.

4.4. A fase preliminar para Rogério Pacheco Alves

O Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ao analisar o §6º do art. 17 da LGIA, destaca que a lei se contenta com a presença de meros indícios, não exigindo, desta forma, que a inicial já apresente prova cabal da conduta lesiva ao patrimônio público. E se o fizesse incorreria em flagrante inconstitucionalidade por cerceamento ao exercício do direito político de ação e ao próprio direito à produção de prova no curso do processo, uma das faces mais visíveis do devido processo legal. Lembra o autor que na esfera criminal é suficiente a presença de indícios de autoria e da existência do fato, o que tornaria injustificável a um diferenciado enfoque do tema no campo da improbidade administrativa, onde não se cogita da aplicação de sanções de natureza penal.²¹

Apesar de reconhecer que a fase preliminar busca evitar o processamento de lides temerárias e injustas, o autor assinala que a maioria esmagadora das ações por improbidade administrativa são precedidas de um momento administrativo de investigação, levado a cabo quer pela pessoa jurídica lesada, quer, o que é mais frequente, pelo Ministério Público, utilizando-se este último, em regra, do inquérito civil. Isso significa, no sentir do autor, que, salvo em hipóteses excepcionais, a imputação por improbidade administrativa, até por conta da necessidade de descrição precisa dos fatos pelo autor, é corroborada por uma movimentação prévia de apuração, revestida das formalidades e garantias peculiares a tal momento administrativo²².

Arremata o autor que a exigência de notificação prévia busca estabelecer uma justa relação de equilíbrio entre o amplo exercício do direito de ação no campo da tutela do patrimônio público, o que deve ser garantido, e o resguardo da honorabilidade da administração e do agente público: Ao mesmo tempo em que se admite uma imputação fundada em meros “documentos e justificações” ou até mesmo uma imputação desacompanhada de qualquer

²⁰ WALDO, Fazzio Júnior. Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.458/459.

²¹ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. 3ª edição, revista e ampliada. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2006, p. 721/722.

²² GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. 3ª edição, revista e ampliada. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2006, p. 722/723.

elemento (§6º, *in fine*), exige-se, nessas e apenas nessas hipóteses, a formação de um contraditório prévio, adotando o legislador a premissa, correta, de que a imputação desacompanhada de uma prévia e sistemática investigação pode ser injusta²³.

Quanto ao juízo de admissibilidade, destaca o autor que a rejeição da ação pela inexistência do ato de improbidade versa sobre hipótese de julgamento antecipado da lide, o que somente poderia ocorrer quando cabalmente demonstrada, pela resposta do notificado, a inexistência do fato ou a sua não concorrência para o dano ao patrimônio público. Do contrário, se terá por ferido o direito à prova do alegado no curso do processo, esvaziando-se, no plano fático, o direito constitucional de ação e impondo-se absolvição liminar sem processo²⁴.

Nesse diapasão, o autor afirma que o momento preambular, antecedente ao recimento da inicial, não se volta a um exame aprofundado da causa petendi exposta pelo autor em sua vestibular, servindo precipuamente como instrumento de defesa da própria jurisdição, evitando lides temerárias. Conclui que o magistrado deve valer-se do princípio *in dubio pro societate*, não coartando, de forma perigosa, a possibilidade de êxito do autor em comprovar, durante o processo, o alegado na inicial²⁵.

Finaliza o autor afirmando que, ao tratar da rejeição da ação em razão de sua improcedência, o §6º do art. 17 da LGIA alude à hipótese de rejeição da inicial pela falta de um dos pressupostos processuais ou de uma das condições da ação. Aqui, sim, o autor entende que a insuficiência de provas poderá ser *thema decidendum*, uma vez que a justa causa participa do conceito de interesse processual, condição ao legítimo exercício do direito de ação. Por se tratar de decisão meramente terminativa, nada impediria a renovação da demanda pelo mesmo fundamento²⁶.

4.5. A fase preliminar para Cássio Scarpinella Bueno

O emérito professor da PUC-SP coordenou a obra jurídica *Improbidade Administrativa (Questões Polêmicas e Atuais)*²⁷, na qual assinou o artigo “O Procedimento

²³ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 3ª edição, revista e ampliada. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2006, p. 723/724.

²⁴ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 3ª edição, revista e ampliada. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2006, p. 724/725.

²⁵ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 3ª edição, revista e ampliada. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2006, p. 725.

²⁶ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 3ª edição, revista e ampliada. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2006, p. 725.

Especial da Ação de Improbidade Administrativa (Medida Provisória 2.088)”²⁸, aonde trata, com a costumeira profundidade, da fase preliminar da ação de improbidade administrativa.

Primeiramente, ao enfrentar a temática da petição inicial da ação de improbidade, Cássio Scarpinella Bueno defende que o § 6º, do art. 17, da LIA²⁹ não pode ser lido fora do contexto do procedimento especial estabelecido sobretudo pelos §§ 7º e 8º que lhe seguem. Daí não haver como deixar de constatar que a petição inicial da ação de improbidade administrativa deve ser proporcionalmente mais substancial do que a das outras ações, que não tem esta fase preliminar de admissibilidade da inicial em contraditório. Diz o autor:

“Nestas condições, a delimitação dos fatos, da causa de pedir e a produção imediata da correspondente prova dos fatos narrados (quando for o caso) deve ser bastante robusta, sob pena de comprometer, já de início, o seguimento da ação e, até mesmo, sua rejeição com apreciação de mérito. É dizer: ou comprova-se, desde logo, que a ação de improbidade administrativa é razoavelmente bem fundada e bem fundamentada ou é caso de extinção do processo desde logo, inclusive com o julgamento “prematureo” do mérito (CPC, art. 269, I)”³⁰.

Para fundamentar seu ponto de vista, o autor explica que o § 6º, do art. 17, da LIA, que trata da petição inicial da ação de improbidade, estipula que a ação será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas.

Sobre tais provas, o autor, com base na lição de Calmon Passos, registra que o momento para a produção da produção da prova documental, pelo autor, é o do ajuizamento da petição inicial. Se não produzido nessa oportunidade, precluso estará o direito de trazê-lo aos autos com fins probatórios. Somente quando se cuide de fazer prova de fato ocorrido após os articulados, ou de contraprova à que foi produzida na circunstância apontada, é que se admitirá a produção de documento, pelo autor, após a inicial.

²⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. O procedimento Especial da Ação de Improbidade Administrativa (Medida Provisória 2.088). Improbidade administrativa – questões polêmicas e atuais. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 160/183.

²⁹ “§ 6º A ação será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, observada a legislação vigente, inclusive as disposições inscritas nos arts. 16 a 18 do Código de Processo Civil.”

³⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. O procedimento Especial da Ação de Improbidade Administrativa (Medida Provisória 2.088). Improbidade administrativa – questões polêmicas e atuais. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 166.

Se por um lado o autor reconhece que a prática forense atenua o (aparente) rigor da lição de Calmon Passos, por outro lado ele finca o entendimento de que o dispositivo legal em comento parece deixar bem claro que tudo o que for passível de prova *já com a petição inicial* deve ser produzido de plano, sendo devidamente justificada a falta de apresentação de tais documentos ou elementos com a inicial.

A partir de toda essa construção doutrinária, e até mesmo em função da remissão expressa contida no § 6º, do art. 17, da LIA aos arts. 16 a 18, do Código de Processo Civil³¹, encartados na parte que em que aquele estatuto regula a responsabilidade das partes por dano processual, o autor conclui que deve haver uma maior seriedade na propositura de ações de improbidade administrativa, coibindo-se, assim, o que a praxe denomina de “aventuras processuais”. E arremata:

“Outro dia ouvi que depois que os processualistas desenvolveram a tese de que o direito de ação é *abstrato e autônomo* ninguém mais poderia dormir tranquilo. O novo § 6º do art. 17 da Lei 8.429 não deixa de ser uma resposta para o que assim pensam”³².

Quanto à análise judicial realizada no âmbito dessa fase preliminar, destaca o autor que o magistrado proferirá juízo não só de admissibilidade da petição inicial, mas também uma espécie de julgamento prematuro da lide, para parafrasear o que evidencia o art. 355 do NCPC. Não só motivos de ordem formal ou técnica, destarte, podem levar à rejeição da petição inicial – no que não haveria maiores distinções com o procedimento ordinário, salvo pela sua

³¹ No atual CPC, a referência é aos artigos 79, 80 e 81:

Art. 79. Responde por perdas e danos aquele que litigar de má-fé como autor, réu ou interveniente.

Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que:

I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

II - alterar a verdade dos fatos;

III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

VI - provocar incidente manifestamente infundado;

VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

Art. 81. De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou.

§ 1º Quando forem 2 (dois) ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção de seu respectivo interesse na causa ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária.

§ 2º Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa poderá ser fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário-mínimo.

§ 3º O valor da indenização será fixado pelo juiz ou, caso não seja possível mensurá-lo, liquidado por arbitramento ou pelo procedimento comum, nos próprios autos.

³² BUENO, Cassio Scarpinella. O procedimento Especial da Ação de Improbidade Administrativa (Medida Provisória 2.088). Improbidade administrativa – questões polêmicas e atuais. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 165.

realização em contraditório. Também questões substanciais – a inexistência do ato de improbidade ou a improcedência da ação, com o desacolhimento do pedido – podem levar a um prematuro julgamento de mérito da ação nos moldes do art. 487. I, do NCPC. Trata-se de julgamento de mérito, sujeito, portanto, à formação da coisa julgada material³³.

Conclui o autor retomando a advertência lançada anteriormente: O maior cuidado com a petição inicial de toda ação de improbidade administrativa, na forma que exige o §6º do art. 17 da LGIA tem plena razão de ser quando analisado no contexto do procedimento especial criado para este tipo de ação. Até porque sobejos elementos de convicção podem ser objeto de prévio inquérito civil público ou do processo administrativo investigatório de que tratam os arts. 15 e 15 da LGIA³⁴.

4.6. A fase preliminar para Waldo Fazzio Júnior

Em sua obra *Improbidade Administrativa*³⁵, Waldo Fázio Júnior aborda o procedimento prévio à ação civil de improbidade administrativa³⁶, que, lembra o autor, é semelhante ao instituído para os processos por crimes de responsabilidade afiançáveis contra funcionários públicos, tendo por escopo estabelecer uma verificação prévia da existência de justa causa para a propositura de ação civil de improbidade. É um juízo verificatório de viabilidade da pretensão.

Quanto à petição inicial da ação de improbidade, o autor discorre com proficuidade sobre a causa de pedir. Diz ele que a lei exige que a petição inicial seja precisa quanto à indicação do fato e os fundamentos jurídicos do pedido. É ônus do autor da ação civil de improbidade administrativa inscrever, na peça vestibular, o que quer, por que quer, com fundamento em que quer. Leia-se, em que consistiu o ato de improbidade imputado ao réu ou, conforme o caso, o ato cuja decretação de invalidade postula ou, ainda, em que consistiu sua lesividade ao patrimônio da entidade pública, se for o caso. Também, incumbe-lhe apontar, de

³³ BUENO, Cassio Scarpinella. O procedimento Especial da Ação de Improbidade Administrativa (Medida Provisória 2.088). *Improbidade administrativa – questões polêmicas e atuais*. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 174.

³⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. O procedimento Especial da Ação de Improbidade Administrativa (Medida Provisória 2.088). *Improbidade administrativa – questões polêmicas e atuais*. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 175.

³⁵ WALDO, Fazzio Júnior. *Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

³⁶ WALDO, Fazzio Júnior. *Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2015, página 420 e seguintes.

forma concreta e objetiva, como e em que condições teria o requerido praticado os atos de improbidade que lhe são imputados. E arremata:

“É lógico. Sem que os fatos, antes da citação, sejam devidamente delineados, com os respectivos fundamentos do pedido, o réu não poderá deduzir, com base neles, sua defesa preliminar”³⁷.

O autor afirma que o Código de Processo Civil, fiel à teoria da substanciação, reclama para a petição inicial a indicação dos fatos e fundamentos jurídicos do pedido (causa petendi), ou seja, sua causa remota (os fatos) e sua causa próxima (os fundamentos jurídicos). A narração do fato constitutivo de improbidade administrativa, para o qual se intenta obter sanção, inevitavelmente, será balizada pelas condutas descritas nos tipos dos arts. 9º, 10 e 11 da LIA ou em seus incisos. É que o autor deve subsumir os fatos que narra a modelo inserto na Lei nº 8.429/92;. É o que confere ao pedido o caráter de receptibilidade. Daí arremata o autor:

“Por consequência, como a Lei nº 8.429/92 enceta distinção quanto ao elemento volitivo do agente, ao autor incumbe descrever esse elemento (dolo ou culpa), até porque a maioria dos atos de improbidade (ressalvada a modalidade culposa do art. 10) tem etiologia da má-fé do agente público, com ou sem terceiro coadjuvante”³⁸.

Em seguida, o autor traça um panorama a respeito das provas com que o autor pretende demonstrar a veracidade dos fatos alegados. Ressalta, inicialmente, que não se trata de ajuizar ação civil de improbidade devidamente provada, na medida em que a prova será produzida no momento adequado, no curso do processo. Para o autor, a produção da prova deve se subordinar ao contraditório. A inicial indica as provas que serão produzidas na instrução processual.

“Compreenda-se. No juízo de admissibilidade o que está em jogo é a idoneidade da demanda: se é apta ou não para produzir a decisão de mérito visada. Voltado a esse intento, o autor deve observar determinadas exigências, de cunho processual, que precisam ficar demonstradas na inicial, porque delas depende a regular constituição da relação processual na ação de improbidade. A suficiência dos indícios deve ser entendida como aquela apta a não ensejar a rejeição liminar da petição inicial, com fulcro na inexistência do ato de improbidade. Eventual insuficiência por impossibilidade de sua apresentação

³⁷ WALDO, Fazzio Júnior. Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 446.

³⁸ WALDO, Fazzio Júnior. Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 447.

precisa ser justificada, na medida em que o dispositivo acena para os arts. 16 a 18 do Código de Processo Civil, ou seja, litigância de má-fé³⁹.

A esse respeito, o autor critica a previsão menção feita aos referidos arts. 16 a 18 do CPC/73, por entender que a atuação do Ministério Público se justifica como canal de tutela de interesses difusos (no caso, a proteção do patrimônio público econômico e da probidade administrativa), o que, no seu entender, é incompatível com a dedução de pretensão infundada por má-fé, com a condição de *improbis litigator*.

Quanto à defesa prévia do réu prevista no § 7º, do art. 17, da LIA, diz o autor que a prestação de informações ali prevista tem por fito evitar o trâmite de ações de improbidade destituídas de um mínimo de fundamento ou temerárias.

“Se, efetivamente, improcede a pretensão do Ministério Público ou da pessoa jurídica, o réu tem, aqui, a primeira oportunidade para obstar o recebimento de petição inicial”.⁴⁰

Finalmente, o autor trata da decisão que recebe, ou não, a petição inicial da ação de improbidade. Ressaltando que na fase prelibatória o que se examina é a viabilidade da pretensão, a existência ou não de justa causa, o autor registra que o magistrado poderá indeferir a petição inicial com ou sem juízo de mérito. O indeferimento da inicial sem juízo de mérito, com base na inadequação da ação, tem abrigo no art. 330, § 1º, inc. III, do CPC/2015, ou seja, se da narração dos fatos não decorre, logicamente, a conclusão. É caso de inépcia da inicial fundada na incompatibilidade entre os fatos narrados e a pretensão posta, a inconcludência.

“Ao manejar a expressão *inadequação da via eleita*, o legislador certamente não cogita de mero erro do autor, na escolha do procedimento, porque, se assim fosse, a falha poderia ser retificada pelo juiz, de ofício. De mais a mais, pelo art. 17, *caput*, o rito é ordinário. Trata-se mesmo de ação incabível, não admissível por falta de interesse de agir”.

Lembra o autor que, consoante o § 11, do art. 17, da LIA, a qualquer tempo, em face da inadequação da ação, poderá indeferir a inicial sem juízo de mérito, não se tratando de inadequação da via procedimental, mas de inadequação da ação.

³⁹ WALDO, Fazzio Júnior. Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 448

⁴⁰ WALDO, Fazzio Júnior. Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 452.

Já o indeferimento com juízo de mérito ocorre quando há convicção do juiz sobre a inexistência de ato de improbidade ou quando é improcedente a ação. Na primeira hipótese, pela leitura da inicial e da manifestação do requerido, o juiz se convence de que se trata de pretensão infundada, porque o ato apontado como ímprobo não se enquadra nas hipóteses previstas na legislação. No outro caso, há improcedência cabal tendo em vista a causa de pedir (fatos e fundamentos jurídicos do pedido).

Ainda na análise da decisão a ser proferida na fase preliminar, o autor destaca que o juiz pode julgar o mérito da ação, vale dizer, se há ou não ato de improbidade administrativa. Rejeitar a exordial significa julgar improcedente o pedido do autor, porque convencido da inexistência de ato previsto na Lei nº 8.429/92.

“Obviamente, a improcedência deve ser de modo a ser reconhecida de *visu*, independentemente de perquirições verticais, posto tratar-se de verificação preliminar de justa causa.

(...)

Nesta etapa preliminar, nem é possível a formulação de qualquer juízo de certeza, assente que este depende de instrução probatória, no momento adequado, no devido processo legal”⁴¹.

De todo modo, o autor entende que, se a manifestação do notificado não forma convicção do magistrado no sentido da improcedência da ação, o recebimento da petição inicial é a regra, invocando julgado segundo o qual o tão só recebimento da inicial de ação civil pública não enseja dano irreparável a ponto de autorizar a sua suspensão em sede de tutela recursal, tanto mais quando presentes indícios da existência do ato de improbidade.

O autor ainda debruça-se sobre a fundamentação da decisão que recebe a inicial. Afirma o autor que, embora o § 9º, do art. 17, da LIA não diga, o despacho liminar que recebe a inicial é, na verdade, uma decisão, tanto que agravável. A ausência de motivação acarreta nulidade.

“Não se trata de reclamar decisão prolixa, perdida em minudências sobre cada um dos argumentos expendidos na manifestação do réu. Pode abordá-los englobadamente, de forma sucinta, mas consistente, de modo a exteriorizar as razões da convicção pretoriana e ensejar eventual ataque do requerido”⁴².

⁴¹ WALDO, Fazzio Júnior. Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 459.

⁴² WALDO, Fazzio Júnior. Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 461.

Por fim, o autor faz importante observação concernente ao peso que a pendência deu uma ação de improbidade faz recair sobre o réu, ao afirmar a necessidade de se ponderar que o mero recebimento da petição inicial já angaria desprestígio para o promovido. Pelo menos suscita dúvidas, em relação ao conceito que desfruta em sua vida social e profissional, circunstância que sublinha a necessidade de que tal decisão seja objetiva e convenientemente fundamentada.

Adequação, não extensão – ressalta o autor –, é o que se exige do órgão judiciário, vale dizer, que exteriorize as razões do seu convencimento. Não é nula a decisão com fundamentação sucinta, mas a que carece de devida motivação, essencial ao processo democrático. A motivação que constitui preceito de ordem pública, é que põe a administração da Justiça a coberto de suspeita dos dois piores vícios que possam manchá-la: o arbítrio e a parcialidade.

4.7. A fase preliminar para Wallace Paiva Martins Júnior

O autor, em sua obra *Probidade Administrativa*⁴³, apresenta uma visão bastante crítica em relação à fase preliminar da ação de improbidade administrativa⁴⁴. Afirma que o § 6º é de uma inutilidade flagrante, seja em razão de, na prática, as ações de improbidade terem esteio em inquérito civil, “credenciador do exercício responsável do direito de ação pelo Ministério Público”, seja em razão dos arts. 319 e 320 do CPC/2015.

Por outro lado, afirma que os arts. 18 a 21 do CPC/73, atuais 79 a 81 do CPC/2015, são inaplicáveis ao membro do Ministério Público, porque sua responsabilidade civil é especial e orientada pelos arts. 85 e 133 do CPC/73, atuais 181 e 143. E, objetivamente, não se aplica ao Ministério Público, isento dos ônus da sucumbência (art. 128, II, da CF; art. 18 da Lei n. 7.347/85), e, com maior razão, à vista do exercício de sua missão constitucional do exercício indisponível do direito de ação (art. 129, III, da CF).

O autor chega a ponto de dizer que a instituição do contraditório preliminar viola o devido processo legal. Ele critica o fato de este contraditório preliminar ter sido conferido indistintamente ao réu, “sem consideração aos arts. 2º e 3º da Lei n. 8.429/92”, o direito de, após notificação, apresentar manifestação escrita, facultada sua instrução com documentos e justificações, em quinze dias. Vale a pena transcrever o raciocínio do autor:

⁴³ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009

⁴⁴ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, especialmente nas páginas 429 e seguintes.

“Absurdamente, a medida provisória se estende aos réus agentes públicos e particulares partícipes ou beneficiários do ato de improbidade administrativa, ultrapassando os limites justificadores da Lei n. 8.437/92 – restrita à entidade de direito público – e cuja aplicação vinha sendo reiteradamente infirmada nas ações promovidas sob o pálio da Lei n. 8.429/92 e nas ações populares, sem qualquer razoabilidade. Assume proporção inegável a falta de razoabilidade no cotejo com a Lei n. 8.437/92, porque nesta se condiciona a tutela antecipada ou o provimento cautelar *in limine* enquanto na Lei n. 8.429/92 não se denota essa serventia. A prerrogativa tem por mira a estabilidade de atos do poder público, e em seu nome é instituída, e não em benefício de agente público que pratica ato contrário ao poder público, contrastado em ação patrocinada pelo próprio poder público ou pelo Ministério Público, como seu substituto processual. Mais uma vez, a intenção real foi dissimulada: a providência servirá a propósitos outros, como o condicionamento da tutela cautelar em sede de indisponibilidade ou sequestro de bens e afastamento provisório de agentes públicos, quando – repita-se – isso é absolutamente intolerável em face do princípio da igualdade. A extensão a réus que não sejam agentes públicos planta, de sua parte, uma desigualdade acentuada, sem razoabilidade alguma. E ainda, cotejada com o art. 514 do CPP, é totalmente inaplicável em face de ex-agentes públicos. Em resumo, o § 7º é integralmente inconstitucional, e, subsidiariamente, deve ser dedicada interpretação conforme, de modo a excluir de seu âmbito os particulares (art. 3º da Lei n. 8.249/92) e ex-agentes públicos, porque a cessação da investidura cessa a preocupação com a dignidade da função. Por fim, não havendo risco, no recebimento da petição inicial, de restrição à esfera de direitos do poder público, sua aplicação deve ser recusada. Mesmo havendo restrição à esfera de direitos de agentes públicos, pela concessão de liminar, a preterição dessa fase pré-processual não deve ser motivo de nulidade pela evidente falta de prejuízo, tendo em vista que o réu tem meios para se rebelar, premissa que corrobora a falta de razoabilidade e a desigualdade gerada pelo preceito legal”.

Nesse mesmo tom crítico, o autor apresenta um entendimento, digamos, inusitado com relação ao recebimento da petição inicial. Afirma o autor que o decurso do prazo de 30 dias previsto no § 8º implica o recebimento tácito da ação. Também o decurso *in albis* ou a preclusão do prazo de notificação (§ 7º) são motivo seguro para superação da exigência do § 8º, devendo o juiz, em tais circunstâncias, receber a ação.

Segue afirmando que, no que tange à rejeição antecipada da ação (inexistência do ato, improcedência da ação) ou sem exame do mérito (inadequação da via eleita), pelo simples convencimento sumário do juiz, à míngua da completa e extensa instrução processual no momento adequado segundo as regras do ônus da prova e da falta de contraposição dos autos aos argumentos do réu, é preceito que agride, sensivelmente, o devido processo legal e o direito de acessibilidade ao controle judiciário (art. 5º, XXXV e LV). É claro que *in dubio pro societatis*, porém a abertura proporcionada revela uma tendência de instituição de nichos de imunidade do poder, já que o autor tem o direito de produzir provas, na instrução processual, e

há casos, como os de improbidade administrativa, em que documentos não existiram para comprovação dos fatos, notadamente as situações do art. 9º e do art. 11 da Lei n. 8.429/92, pois a corrupção não deixa recibo, a lesão patrimonial deve ser pesquisada e quantificada *a posteriori*, e, quase sempre, o desvio de poder se prova por meio da reunião de sintomas de indícios. Afirma o autor que o princípio do contraditório é agudamente violado.

Por derradeiro, o autor entende que a extinção preliminar por inadequação da via eleita é previsão insustentável, porquanto a via eleita é a do art. 17 da Lei n. 8.429/92, integrada ao modelo processual da Lei n. 7.347/85, tendo proclamado amiúde a jurisprudência a adequação da ação civil pública para a persecução das sanções do art. 12 da Lei n. 8.429/92⁴⁵.

4.8. A fase preliminar na jurisprudência do STJ

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) possui diversos julgados que tratam da temática da improbidade administrativa. Se é verdade que o STJ firmou entendimento unívoco em relação a alguns temas, também é verdade que a Corte Superior diverge, através de seus órgãos fracionários, em relação a outros temas, o que causa insegurança jurídica e frustra a missão constitucional que lhe foi outorgada de uniformizar a interpretação da lei federal em todo o Brasil.

De início, deve ser destacado que a análise efetuada pelo Superior Tribunal de Justiça encontra-se limitada em face dos termos da Súmula nº 7 do STJ⁴⁶. Portanto, a reapreciação de matérias fáticas relacionadas à justa causa para recebimento da inicial não é, via de regra, permitida em sede de Recurso Especial. Nada obstante, é possível extrair da jurisprudência do STJ algumas diretrizes relacionadas à fase preliminar da ação de improbidade administrativa.

Pois bem. Quanto à obrigatoriedade de observância da fase dúplice estabelecida pela LGIA, observa-se que o STJ diverge internamente. No REsp 883.795/SP, o STJ entendeu que a inobservância do contraditório preambular em sede de ação de improbidade administrativa, mediante a notificação prévia do requerido para o oferecimento de manifestação por escrito, importa em grave desrespeito aos postulados constitucionais da ampla defesa e do contraditório, corolários do princípio mais amplo do *due process of law*. Deveras, a inserção do contraditório preambular, inserto no § 7º, do art. 17, da Lei 8.429/92, além de proporcionar ao acusado o exercício da ampla defesa e do contraditório, possibilita ao magistrado na fase

⁴⁵ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 440/441.

⁴⁶ “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.”

posterior, cognominada "juízo prévio de admissibilidade da ação", proceder ao recebimento da petição inicial ou a rejeição da ação civil pública de improbidade (§§ 9º e 10, do art. 17, da Lei 8.429/92). Assim, a falta de notificação do requerido para apresentação de defesa preliminar, antes do recebimento da petição inicial da ação civil de improbidade administrativa, configura nulidade absoluta e insanável do processo.

Já no REsp 1319770/SP, o STJ se posicionou no sentido de que a ausência da notificação prévia tratada no art. 17, § 7º, da Lei 8.429/1992 somente acarreta nulidade processual se houver comprovação de efetivo prejuízo, de acordo com a parêmia *pas de nullité sans grief*.

Em relação à imputação contida na petição inicial, também é possível constatar divergência no âmbito do STJ. No Recurso Especial 1344199/PR, o STJ assentou a inviabilidade de infirmar o julgado do Tribunal de Justiça no quanto tratou da alegada inépcia da petição inicial, posto ser necessário, para tanto, o revolvimento de matéria fático-probatória, o que é obstado pelo disposto na Súmula 7/STJ. Nada obstante, no Recurso Especial 1666454/RJ, analisou a petição inicial para afirmar que ela atribui, com alguma segurança, a relação entre a falta de previsibilidade da obra, a questionável legitimidade dos aditamentos, os benefícios indevidos percebidos pelas recorrentes, a caracterização do ato de improbidade (dentre outros motivos, pela frustração do procedimento licitatório) e o pedido de aplicação das sanções.

Ultrapassada esta questão formal, o STJ parece ter entendimento consolidado no sentido de que basta que o autor faça uma descrição genérica dos fatos e imputações dos réus, sem necessidade de descrever em minúcias os comportamentos e as sanções devidas a cada agente, na linha dos princípios do Direito Romano *jura novit curia e da mihi factum dabo tibi ius*, em que as leis são do conhecimento do juiz, bastando que as partes lhe apresentem os fatos. (REsp 1.192.583/RS). Neste caso, não se configura a inépcia da inicial, sob pena de esvaziar-se a utilidade da instrução e impossibilitar a apuração judicial dos ilícitos nas ações de improbidade administrativa, sobretudo quando a descrição dos fatos é suficiente para bem delimitar o perímetro da demanda e propiciar o pleno exercício do contraditório e do direito de defesa (REsp 964.920/SP).

No REsp 1108010/SC, o STJ chegou a afirmar ser descabido pretender que, na Ação Civil Pública, a petição inicial seja uma versão antecipada da sentença, uma espécie de bula de remédio que, de tão precisa e minuciosa, prescinde da instrução, tendo em vista que já antecipa tudo o que, em outras modalidades de ação, caberia descobrir e provar em juízo. Entendeu-se que a LGIA exige prova indiciária, isto é, indicação pelo autor de elementos

genéricos de vinculação do réu aos fatos tidos por caracterizadores de improbidade, sendo que o objetivo da decisão judicial prevista no art. 17, § 7º, da Lei 8.429/1992 é tão-só evitar o trâmite de ações clara e inequivocamente temerárias, não se prestando para, em definitivo, resolver – no preâmbulo do processo e sem observância do princípio *in dubio pro societate* aplicável na rejeição da ação de improbidade administrativa – tudo o que, sob a autoridade, poder de requisição de informações protegidas (como as bancárias e tributárias) e imparcialidade do juiz, haveria de ser apurado na instrução.

Ainda dentro desta perspectiva, o STJ entende que o Código de Processo Civil deve ser aplicado subsidiariamente à Lei de Improbidade Administrativa (REsp 1.098.669/GO e REsp 1.217.554/SP). Nesse sentido, no REsp 1517012/PE o STJ referendou o julgado de Tribunal que determinou a aplicação subsidiária do CPC para determinar a emenda da petição inicial.

Já em relação à decisão de recebimento da petição inicial, o STJ possui entendimento de que, nos termos do art. 17, § 8º, da Lei 8.429/1992, é suficiente a demonstração de indícios razoáveis de prática de atos de improbidade e autoria para o recebimento da petição inicial da Ação de Improbidade Administrativa, devendo prevalecer na fase inicial o princípio do *in dubio pro societate* (REsp 1.306.802/MG).

Já no REsp 1666454/RJ, o STJ decidiu que a cognição sumária impede juízos de maior profundidade sobre a pretensão deduzida. Assim, na presença de dúvida fundada a respeito da existência de ato ímprobo, deve o magistrado permitir o prosseguimento da demanda, como tripla garantia: a) ao autor, que terá a oportunidade de robustecer em instrução suas ponderações; b) aos réus, que, finalizado o trâmite processual, obterão resposta definitiva que, se lhes for favorável, estará albergada pela coisa julgada material, em situação de efetiva pacificação, e não meramente formal, como decorre do indeferimento da petição inicial; c) à coletividade, cuja proteção é a finalidade última da demanda.

Ou seja, presentes indícios da prática de ato de improbidade ou mesmo diante de dúvida em relação à sua efetiva ocorrência, impositivo é o recebimento da inicial.

A Corte Superior possui diversos precedentes no sentido de que somente após a regular instrução processual é que se poderá concluir pela existência, ou não, de: (I) enriquecimento ilícito; (II) eventual dano ou prejuízo a ser reparado e a delimitação do respectivo montante; (III) efetiva lesão a princípios da Administração Pública; e (IV) configuração de elemento subjetivo apto a caracterizar o noticiado ato ímprobo (AgRg no AREsp 400.779/ES).

Entendimento diametralmente oposto consta no AgInt no REsp 1600403/GO, em que o STJ referendou a decisão do juízo e do Tribunal de rejeitar a ação de improbidade com fundamento no art. 17, § 8º, da Lei 8.429/1992, eis que, no caso, ficou efetivamente demonstrada, com base no conjunto fático probatórios, a inexistência de ato ímprobo. Asseverou-se que as instâncias ordinárias, amparadas nas provas dos autos, consideraram não haver indícios de atuação dolosa ou culposa, o que obsta o recebimento da inicial. Por fim, adotou-se o entendimento de que a reforma do acórdão que concluiu pela inexistência de indícios mínimos de cometimento de atos ímprobos demandaria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado em recurso especial, em razão do óbice da Súmula 7 do STJ.

Nessa mesma linha, o STJ entendeu ter atuado de forma contraditória com sua própria jurisprudência no REsp 1.614.538, ao reformar decisão de Tribunal que havia entendido que, embora tenha ocorrido irregularidade administrativa, não se verificou nos autos indícios de que o erro trouxe prejuízos patrimoniais ou estivesse evidenciado de dolo ou má-fé. Nesse caso, nem mesmo o obstáculo da Súmula 7 do STJ impediu a Corte de asseverar que “constatada a presença de indícios da prática de ato de improbidade administrativa, é necessária instrução processual regular para verificar a presença ou não de elemento subjetivo, bem como do efetivo dano ao erário”. Fundamentou o julgado no entendimento de que é necessária instrução processual para se concluir pela configuração ou não de elemento subjetivo apto a caracterizar o noticiado ato ímprobo.

Capítulo II – O Modelo Constitucional do Direito Processual Civil Brasileiro

1. O Código de Processo Civil de 2015 e a Nova Hermenêutica

Desde o CPC/73, a legislação processual civil pátria vinha sofrendo mudanças pontuais, o que, naturalmente, acabava por gerar um clima social de desconfiança. Tornava-se, pois, necessário editar um novo diploma legal capaz de agregar, em um só texto, as tendências processuais mais modernas, orientadas pelos princípios universalmente preconizados para as leis processuais, que aspirassem a dotar o Estado Democrático de Direito de um processo justo, e que se apresentem, na ordem constitucional, como a garantia a todos de acesso a uma tutela jurisdicional efetiva.

Em 2010, foi submetido ao Congresso Nacional o Projeto de um novo Código de Processo Civil (Projeto Legislativo nº 166/2010, de iniciativa da Presidência do Senado

Federal). A Presidência do Senado nomeou uma Comissão de Juristas que, ao elaborar o Anteprojeto, orientou-se pelos princípios universalmente preconizados para as leis processuais, que aspirem a dotar o Estado Democrático de Direito de um processo justo, e que se apresentam, na ordem constitucional, como a garantia a todos de acesso a uma tutela jurisdicional efetiva. Como tal, entende-se aquela que, a par de viabilizar a composição dos conflitos com total adequação aos preceitos do direito material, o faça dentro de um prazo razoável e sob método presidido pelas exigências da economia processual, sempre assegurando aos litigantes o contraditório e a ampla defesa (CF, art. 5º, LXXVIII), como destaca Humberto Theodoro Júnior:

“A propósito do ideário do processo justo, prevalece na consciência da civilização de nosso tempo a concepção de que um Código moderno, republicano e democrático, há de observar um “modelo social de processo”, que esteja atento às exigências da instrumentalidade, da efetividade e da presteza na promoção da tutela aos direitos subjetivos em crise. Em tal modelo, como é inegável, não podem merecer guarida as espertezas do litigante no manejo das puras técnicas procedimentais e argumentativas como a causa do resultado da disputa travada em juízo. Para o processo justo (aquele exigido pelo Estado Democrático de Direito), o mais importante é que o processo seja construído e manejado “para possibilitar a descoberta da verdade dos fatos”, de maneira que só ganhe a causa a “parte que tiver a verdade do seu lado”, esta e não a outra é a “parte que tem razão” e que, por isso, terá sua situação jurídica protegida pelo provimento judicial. A par disso, o caráter democrático desse moderno processo jurisdicional reside numa concepção inovadora do contraditório que não mais se limita a uma simples bilateralidade de audiência, mas que confere aos litigantes o direito de participar efetivamente na formação do provimento judicial que haverá de compor o conflito estabelecido entre eles. O processo deixa de ser “coisa apenas do juiz” ou “coisa apenas das partes”, para se tornar obra conjunta de todos os sujeitos processuais, fruto de uma empresa compartilhada entre todos eles. Foram esses os critérios a que recorreram os encarregados da redação da peça que se converteu no Projeto Legislativo nº 166/2010 do Senado (atual Lei nº 13.105/2015)⁴⁷.

Foi, então, editada a Lei 13.105, de 16.03.2015. O novo Código, logo em seu art. 1º, deixa claro a adoção da teoria do direito processual constitucional. Está lá escrito: “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”. Assim, longe de parecer simplesmente um enunciado, o dispositivo possui importante aplicação prática: vale de garantia eficaz contra qualquer

⁴⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Cível – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I. 56 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 79/80.

dispositivo que contrarie a Constituição, bem como é fator de interpretação para aplicação dos dispositivos processuais. Aqui, a lei processual e a própria atividade jurisdicional em si, submetem-se às normas e aos valores constitucionais, os quais lhes servem de fonte e legitimam o seu exercício, ao tempo em que impedem o autoritarismo e o abuso⁴⁸.

O processo não pode ser alheio ao seu produto, isto é, à legitimidade da decisão. O processo deve produzir decisões legítimas e justas, ou seja, decisões adequadas aos direitos fundamentais, além de formar precedentes capazes de orientar o Poder Judiciário e à sociedade civil como um todo. Nem se diga que o processo apenas prepara a decisão e por isso nada tem a ver com a sua legitimidade. Essa forma de pensar faria com que a legitimidade da decisão fosse absorvida pela legitimação da jurisdição pelo procedimento, na linha de Luhmann. Ao se admitir essa última ideia, não importaria a legitimidade da decisão, mas apenas a legitimidade do procedimento, uma vez que apenas essa seria suficiente para legitimar a decisão. Porém, não basta um procedimento legítimo. No Estado constitucional, a jurisdição realiza os seus fins apenas quando a ordem jurídica é racionalmente interpretada e aplicada na dimensão dos direitos fundamentais⁴⁹.

Observar o modelo constitucional do direito processual civil não é, destarte, uma escolha técnica ou filosófica. Não é uma corrente de pensamento que dependa da adesão deste ou daquele autor, desta ou daquela doutrinadora. Como toda boa norma constitucional, sua observância é impositiva, sob pena de inconstitucionalidade. O Processo Civil deve ser interpretado, antes de tudo, a partir da própria Constituição Federal. Ele, o Processo Civil, só pode vincular seus destinatários na exata medida em que tenha observado e observe o “modelo constitucional”⁵⁰.

Assim, resta claro que o Novo Código de Processo Civil impõe ao intérprete o dever de adotar a chamada nova hermenêutica, que consiste em um processo de filtragem constitucional dos princípios e regras do Processo Civil, de modo que a sua aplicação somente ocorrerá após a sua conformação ao modelo constitucional anteriormente tratado.

2. Os princípios do Direito Processual Civil que se relacionam com a ação de improbidade administrativa

⁴⁸ Teresa Arruda Alvim Wambier... [et al.], coordenadores. Breves comentários ao novo Código de Processo Civil. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 9.

⁴⁹ Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. Novo curso de processo civil: teoria do processo civil, volume I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 485/486.

⁵⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 42.

Diversos são os princípios que informam o processo civil. Aqui serão tratados os princípios que se relacionam com a temática da fase preliminar da ação de improbidade administrativa tratada neste trabalho.

2.1. Princípio da dignidade da pessoa humana

Já de longa data se estabeleceu que, no Estado Democrático de Direito, o núcleo essencial dos direitos humanos reside na vida e na dignidade da pessoa. Disso decore a proeminência reconhecida à dignidade da pessoa humana no plano dos direitos e garantias fundamentais, espelhada no amplo consenso de ser ela a ideia fundadora dos direitos do homem. Fala-se, a partir dessa constatação, na existência de princípios constitucionais especiais, em cujo seio a dignidade da pessoa humana ocuparia a posição de princípio fundamental geral, a que caberia, entre outras, a função estrutural de realizar a proporcionalidade entre todos os princípios presentes na ordem constitucional. Segundo esse importantíssimo critério hermenêutico, o intérprete e aplicador da Constituição haveria de atender à necessidade lógica, além de política, de compatibilizar todos os princípios constitucionais em suas inevitáveis colisões no plano de atuação in concreto. Nessa opção, presta-se o princípio da dignidade da pessoa humana a viabilizar a superação dos conflitos principiológicos, atuando como critério indicador da prevalência de um princípio fundamental em eventual disputa com outros princípios também fundamentais. Ou seja, prevalecerá, no caso concreto, o princípio que mais se avizinha do inafastável princípio da dignidade humana⁵¹.

É nessa perspectiva que se deve entrever no princípio da boa-fé e da lealdade uma emanção, no processo, do imperativo categórico do respeito à dignidade humana. O litigante, na busca da tutela jurisdicional, não pode usar o procedimento judicial como instrumento de obtenção de resultados ilícitos, escusos, iníquos. Não há lugar para outra opção para todos que se envolvem no processo senão a de zelar pela correta e justa composição do conflito, como deixam evidentes os dispositivos que traçam e definem os deveres das partes e do juiz (NCPC, arts. 77 e 78, e 139 a 143). Agir, destarte, com observância da boa-fé e lealdade processuais representa nada menos que a necessidade incontornável de reconhecer e respeitar a dignidade existente entre os sujeitos do processo, que impede, categoricamente, sejam eles

⁵¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Cível – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I. 56 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 163/164.

instrumentalizados e utilizados para fins antiéticos, já que semelhante comportamento representaria, sem dúvida, uma ofensa e lesão à dignidade daqueles que viessem a ser envolvidos e prejudicados⁵².

Para Fredie Didier Jr., a dignidade da pessoa humana, no processo, é o devido processo legal, não sendo possível distinguir os referidos princípios. Diz o autor que o devido processo legal é um direito fundamental cujo conteúdo é complexo e vem sendo construído nos últimos dez séculos. Desde 1.066, com o Decreto Feudal de Conrado 11, inúmeras garantias processuais vêm sendo reunidas para dar à pessoa que é parte de um processo um tratamento digno - o tema será visto mais à frente. Essas garantias se articulam dentro de uma mesma rubrica: o devido processo legal. Bem pensadas as coisas, o devido processo legal é o rótulo que se deu à exigência de que um processo confira tratamento digno às pessoas. Dar um tratamento processual digno é garantir o contraditório, a produção de provas, o direito ao recurso, o juiz imparcial, a proibição de prova ilícita, a exigência de motivação, a lealdade processual, a publicidade etc⁵³.

O autor segue afirmando que a argumentação jurídica em torno da dignidade da pessoa humana pode ajudar na humanização do processo civil, ou seja, na construção de um processo civil atento a problemas reais que afetem a dignidade do indivíduo. A dignidade da pessoa humana, assim, ilumina o devido processo legal. Essa repercussão pode revelar-se ao menos de duas maneiras: a) na construção de normas jurídicas processuais que visem mais diretamente à proteção da dignidade da pessoa; o CPC preocupou-se com isso claramente, em diversos dispositivos, quase todos eles novidades no direito processual civil brasileiro (p. ex., direito do portador de deficiência auditiva a comunicar-se, em audiências, por meio da Língua Brasileira de Sinais – art. 162, III); b) Na reconstrução do sentido de alguns artigos do CPC, como as disposições sobre impenhorabilidade, que podem ser interpretadas extensivamente, para abranger outros bens cuja penhora comprometa a dignidade da pessoa humana: próteses, jazigos ocupados, cão-guia de um cego etc.⁵⁴

É inegável a importância deste princípio em relação à fase preliminar, notadamente como mecanismo de proteção do réu de ação de improbidade administrativa. A exigência de um processo que confere tratamento processual digno, que garante o contraditório e o próprio

⁵² THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Cível – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I. 56 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 164/165.

⁵³ DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 75/76.

⁵⁴ DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 76/78.

respeito às regras do jogo proporciona ao réu a confiança de que as matérias deduzidas em sua defesa prévia serão devidamente analisadas e sopesadas pelo juiz competente. Considerando os efeitos perversos que a mera tramitação de uma ação de improbidade pode causar sobre o réu, é ofensivo ao princípio da dignidade da pessoa humana tratar com mesquinhez e desdém esta importante barreira processual contra lides temerárias.

2.2. Princípio do devido processo legal (devido processo constitucional)

O princípio do devido processo legal volta-se, basicamente, a indicar as condições mínimas em que o desenvolvimento do processo, isto é, o método de atuação do Estado-juiz para lidar com a afirmação de uma situação de ameaça ou lesão a direito, deve se dar⁵⁵.

Jurisdição e processo são dois institutos indissociáveis. O direito à jurisdição é, também, o direito ao processo como meio indispensável à realização da Justiça. A Constituição, por isso, assegura aos cidadãos o direito ao processo como uma das garantias individuais (art. 5º, XXXV). A justa composição da lide só pode ser alcançada quando prestada a tutela jurisdicional dentro das normas processuais traçadas pelo Direito Processual Civil, das quais não é dado ao Estado declinar perante nenhuma causa (CF, art. 5º, LIV e LV). É no conjunto dessas normas do direito processual que se consagram os princípios informativos que inspiram o processo moderno e que propiciam às partes a plena defesa de seus interesses, e ao juiz, os instrumentos necessários para a busca da verdade real, sem lesão dos direitos individuais dos litigantes. A garantia do devido processo legal, porém, não se exaure na observância das formas da lei para a tramitação das causas em juízo. Compreende algumas categorias fundamentais, como a garantia do juiz natural (CF, art. 5º, XXXVII) e do juiz competente (CF, art. 5º, LIII), a garantia de acesso à Justiça (CF, art. 5º, XXXV), de ampla defesa e contraditório (CF, art. 5º, LV) e, ainda, a de fundamentação de todas as decisões judiciais (art. 93, IX).⁵⁶

Faz-se, modernamente, uma assimilação da ideia de devido processo legal à de processo justo. A par da regularidade formal, o processo deve adequar-se a realizar o melhor resultado concreto, em face dos desígnios do direito material. Entrevê-se, nessa perspectiva, também um aspecto substancial na garantia do devido processo legal. Nesse âmbito de comprometimento com o “justo”, com a “correção”, com a “efetividade” e com a “presteza” da

⁵⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 45.

⁵⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Cível – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I. 56 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 112/114.

prestação jurisdicional, o *due process of law* realiza, entre outras, a função de um superprincípio, coordenando e delimitando todos os demais princípios que informam tanto o processo como o procedimento. Inspira e torna realizável a proporcionalidade e razoabilidade que devem prevalecer na vigência e na harmonização de todos os princípios do direito processual de nosso tempo⁵⁷.

O princípio do devido processo legal é considerado por boa parte da doutrina como um “princípio-síntese” ou “princípio de encerramento” de todos os valores ou concepções do que se entende como um processo justo e adequado, isto é, como representativo suficiente de todos os demais indicados pela própria CF e, em geral, desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência. Assim, e considerando a importância do “modelo constitucional” para o estudo do direito processual civil, não há como deixar de reconhecer que o chamado “devido processo legal” é, antes de tudo, um “devido processo constitucional”, expressão que enfatiza que a pauta de reflexão sobre o direito, em um modelo de Estado como o brasileiro, tem que ser a partir da Constituição e não da lei.⁵⁸

As mesmas considerações feitas anteriormente, no que toca à importância do princípio da dignidade da pessoa humana em relação à fase preliminar da ação de improbidade administrativa, poder ser importadas para realçar a importância do devido processo legal na referida fase preliminar. Somente é possível cogitar em justa composição da lide se e somente se a tutela jurisdicional for prestada dentro das normas processuais vigentes. Assim é que, se o ordenamento prevê requisitos necessários à validade da petição inicial, deve o autor formular uma acusação que permita ao réu se defender de maneira coerente. Descrição genérica pode configurar verdadeira “pegadinha” contra o réu de ação de improbidade, o que se revela altamente indesejável. De igual modo, é fundamental o pleno respeito à fase preliminar prevista pelo ordenamento jurídico, de modo que o juiz fica obrigado a respeitá-la em toda sua inteireza.

2.3. Princípio do contraditório (cooperação e vedação às decisões surpresa) e ampla defesa

A Constituição Federal prevê o contraditório no inciso LV do art. 5º: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. O princípio do contraditório é reflexo

⁵⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Cível – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I. 56 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 112/114.

⁵⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 46.

do princípio democrático na estruturação do processo. Democracia é participação, e a participação no processo opera-se pela efetivação da garantia do contraditório. O princípio do contraditório deve ser visto como exigência para o exercício democrático de um poder⁵⁹.

O princípio do contraditório é formado por três elementos: informação, reação e poder de influência. O juiz deve informar as partes dos atos praticados no processo, enquanto as partes podem reagir. Significa que a informação é um dever judicial e a reação é um ônus processual das partes. Já no tocante ao poder de influência, apesar de não ser expresso o Novo Código de Processo Civil no sentido de estar contido no conceito de contraditório, o art. 7º pode conduzir a essa interpretação ao exigir que o juiz zele pelo efetivo contraditório, que somente será realmente efetivo se, além da informação e da possibilidade de reação, essa for concretamente apta a influenciar a formação do convencimento do juiz⁶⁰.

Essa norma visa a resolver um problema central do processo: a sua equilibrada organização. Vale dizer: imprimir uma adequada “divisão do trabalho” entre os seus participantes. O modelo do nosso processo justo é o modelo cooperativo – pautado pela colaboração do juiz para com as partes⁶¹.

O regime democrático exige a participação em cooperação de todos aqueles que possam ser afetados pelo exercício de determinado poder do Estado, que só assim poderá ser considerado como legítimo. Nos processos jurisdicionais, a cooperação é verificada com a participação das partes e terceiros que devem construir, juntamente com o juiz, a decisão. A cooperação ocorre através da prática dos atos processuais, que no contexto das partes realiza-se com o exercício dos direitos de ação, de defesa e de manifestação em geral; e na seara da magistratura se efetiva através das ordens e decisões *latu sensu*. Ademais, a cooperação, como dever imposto aos sujeitos do processo, pressupõe uma harmoniosa sintonia nesta prática de atos processuais, os quais devem ser realizados sempre sob o signo da boa-fé, inclusive, aqueles praticados por terceiros estranhos ao conflito, que também devem cooperar com a atividade jurisdicional. Aliás, os participantes do processo não poderiam ter comportamento diverso, na medida em que a finalidade da jurisdição é a realização da justiça rápida e eficaz. Para o alcance desse mister, é fundamental que exista um vínculo de cooperação entre todos aqueles que

⁵⁹ DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 78.

⁶⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil. Lei 13.105/2015. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2015, p. 29/30.

⁶¹ Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. Novo curso de processo civil: teoria do processo civil, volume I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 493/494.

participam da atividade jurisdicional, sem o qual dificilmente as suas finalidades poderiam ser alcançadas.⁶²

A colaboração é um modelo que se estrutura a partir de pressupostos culturais que podem ser enfocados sob o ângulo social, lógico e ético. Do ponto de vista social, o Estado Constitucional de modo nenhum pode ser confundido com o Estado-Inimigo. Nessa quadra, assim como a sociedade pode ser compreendida como um empreendimento de cooperação entre os seus membros visando à obtenção de proveito mútuo, também o Estado deixa de ter um papel de pura abstenção e passa a ter que prestar positivamente para cumprir com seus deveres constitucionais. Do ponto de vista lógico, o processo cooperativo pressupõe o reconhecimento do caráter problemático do direito, reabilitando-se a sua feição argumentativa. Passa-se da lógica apodíctica à lógica dialética. Finalmente, do ponto de vista ético, o processo pautado pela colaboração é um processo orientado pela busca, tanto quanto possível, da verdade, e que, para além de emprestar relevo à boa-fé subjetiva, também exige de todos os seus participantes a observância da boa-fé objetiva, sendo igualmente seu destinatário o juiz. O modelo de processo pautado pela colaboração visa a outorgar nova dimensão ao papel do juiz na condução do processo. O juiz do processo cooperativo é um juiz isonômico na sua condução e assimétrico apenas quando impõe suas decisões. Desempenha duplo papel: é paritário no diálogo e assimétrico na decisão⁶³.

Para implantar, com efetividade, esse contraditório dinâmico e efetivo, o novo CPC lançou mão de três dispositivos que terão de ser lidos de maneira sistemática e integrativa: a) As partes deverão merecer tratamento paritário, devendo o juiz zelar pelo “efetivo contraditório” (art. 7º): a igualdade de tratamento não pode se dar apenas formalmente. Se os litigantes se acham em condições econômicas e técnicas desniveladas, o tratamento igualitário dependerá de assistência judicial para, primeiro, colocar ambas as partes em situação paritária de armas e meios processuais de defesa. Somente a partir desse equilíbrio processual é que se poderá pensar em tratamento paritário no exercício dos poderes e faculdades pertinentes ao processo em curso. E, afinal, somente em função dessas medidas de assistência judicial ao litigante hipossuficiente, ou carente de adequada tutela técnica, é que o contraditório terá condições de se apresentar como efetivo, como garante o art. 7º do NCPC; b) Qualquer decisão que contrarie uma parte, não será tomada “sem que ela seja previamente ouvida” (art. 9º): as

⁶² Teresa Arruda Alvim Wambier... [et al.], coordenadores. Breves comentários ao novo Código de Processo Civil. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 22.

⁶³ Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. Novo curso de processo civil: teoria do processo civil, volume I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 495/496.

decisões judiciais não podem surpreender a parte que terá de suportar suas consequências, porque o contraditório moderno assegura o direito dos sujeitos do processo de não só participar da preparação do provimento judicial, como de influir na sua formulação. Aqui o Código garante, com nitidez, o princípio da “não surpresa” no encaminhamento e na conclusão do processo. c) Por fim, mesmo que a questão tenha sido debatida amplamente, não se permite ao juiz decidi-la mediante fundamento ainda não submetido à manifestação das partes (art. 10). A vedação prevalece inclusive quando se trata de matéria apreciável de ofício, como explicita o dispositivo legal em referência. Mais uma vez, o Código prestigia o princípio da “não surpresa”⁶⁴.

Decisão-surpresa é decisão nula, por violação ao princípio do contraditório. Essa nova dimensão do princípio do contraditório redefine o modelo do processo civil brasileiro. O processo há de ser cooperativo. Há outro ponto sobre o contraditório que é digno de nota. O caput do art. 9º do CPC estabelece que não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. Ou seja, como regra, alguém somente pode ter uma decisão judicial proferida contra si após ter sido garantida a chance de ser ouvido. Há, porém, situações excepcionais, em que se admite a decisão sem a ouvida da parte contrária (inaudita altera parte), como se infere do rol contido no par. ún. do art. 9º, que não é exaustivo⁶⁵.

Por fim, há que se destacar que, de acordo com Fredie Didier Jr., contraditório e ampla defesa formam um belo e conhecido par. Não por acaso, estão previstos no mesmo dispositivo constitucional (art. 5º, LV, CF). O autor assinala que, tradicionalmente, a doutrina distinguia ambas as garantias, embora reconhecesse que entre elas havia forte conexão. Bem ilustrativo desta concepção é o entendimento de Delosmar Mendonça Jr. : “... são figuras conexas, sendo que a ampla defesa qualifica o contraditório. Não há contraditório sem defesa. Igualmente é lícito dizer que não há defesa sem contraditório. (...) o contraditório é o instrumento de atuação do direito de defesa, ou seja, esta se realiza através do contraditório”. Convém lembrar, ainda, que a ampla defesa é direito fundamental de ambas as partes, consistindo no conjunto de meios adequados para o exercício do adequado contraditório. Atualmente, tendo em vista o desenvolvimento da dimensão substancial do princípio do contraditório, pode-se dizer que eles se fundiram, formando uma amálgama de um único direito

⁶⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Cível – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I. 56 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 158.

⁶⁵ DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 82/83.

fundamental. A ampla defesa corresponde ao aspecto substancial do princípio do contraditório⁶⁶.

Clara é a incidência deste bloco de princípios sobre a fase preliminar da ação de improbidade, com benefício direto à posição processual do réu de improbidade. O respeito ao contraditório possibilita que as alegações do réu – sua reação à acusação – exercerão poder de influência direta sobre o convencimento do juiz, ainda que seja para rejeitá-las. De mais a mais, a ampla defesa é direito fundamental que encontra sua mais perfeita razão de ser em relação àquele que sofre uma acusação, sendo, assim, garantido ao réu de ação de improbidade valer-se, em toda sua amplitude e profundidade, da defesa prévia prevista nessa fase preliminar como mecanismo de contenção contra ações que não evidenciam probabilidade de êxito.

2.4. Princípio da motivação

O exercício do poder só se considera legítimo quando observa o princípio da legalidade. No processo, o juiz deve observar as regras do procedimento, destacando-se, o dever de fundamentar as suas decisões. Este dever é uma decorrência natural do acesso à justiça e do devido processo legal, garantias expressamente asseguradas pela Constituição (art. 5.º, XXXV e LIV e art. 93, IX). A motivação serve de garantia para as partes, como contraponto à liberdade que o magistrado tem para decidir de acordo com seu livre convencimento. Ela também permite um controle da adequada prestação jurisdicional pelas partes e terceiros (sociedade como um todo), pelos próprios órgãos jurisdicionais – caso dos Tribunais hierarquicamente superiores – e, ainda, por aqueles que exercem outra forma de controle, como o Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Na realidade, as partes têm o direito de obter do Estado-juiz uma decisão motivada que analise todos os pontos duvidosos e a integralidade dos argumentos apresentados – seja de fato ou de direito – (art. 489, § 1.º, IV). As novéis previsões a respeito da motivação das decisões vêm corroborar o que desde há muito já era defendido pela doutrina: a necessária correlação entre contraditório e motivação⁶⁷.

Maior cuidado deve ter o juiz quando o tipo legal for aberto, como ocorre quando presentes no texto da norma conceitos jurídicos indeterminados. Estas hipóteses verificam-se com alguma frequência, podendo ser citadas exemplificativamente: as normas que estabelecem

⁶⁶ DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 85/86.

⁶⁷ Teresa Arruda Alvim Wambier... [et al.], coordenadores. Breves comentários ao novo Código de Processo Civil. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 37.

a necessidade de consideração do interesse público; a observância do melhor interesse do incapaz; a que qualifica o motivo torpe, a moralidade administrativa e o abuso de direito; entre outros. Nestes casos, é preciso que esses conceitos sejam construídos com argumentos sólidos e integrados à norma jurídica pertinente, sendo que somente assim a decisão pode ser considerada apta e fundamentada (art. 489, § 1.º, II).⁶⁸

Interessante a digressão de Daniel Amorim Assumpção Neves, que diz não compartilhar de lição doutrinária que busca distinguir motivação de fundamentação, com a alegação de que na motivação bastaria ao juiz explicar o que pessoalmente acha sobre o Direito, enquanto na fundamentação caberá ao julgador explicar por que razões aceita ou rejeita determinada interpretação e compreensão do Direito estabelecida pelo cidadão. Motivar e fundamentar significam exteriorizar as razões do decidir, e nessa tarefa obviamente as opiniões pessoais do juiz são irrelevantes, devendo o magistrado aplicar ao caso concreto o Direito, e não concretizar suas aspirações pessoais. Ocorre, entretanto, que, por mais exigências que se criem para modelar a fundamentação – ou motivação – do juiz em suas decisões, nunca se afastará o caráter pessoal de sua decisão, salvo na aplicação dos julgamentos dos tribunais com eficácia vinculante. E mesmo aqui se não for caso de superação do entendimento ou distinção do caso. Por mais requisitos que a lei crie para condicionar o juiz à vontade do Direito ao fundamentar sua decisão e não à sua vontade pessoal, o elemento humano na interpretação do Direito nunca poderá ser afastado das decisões judiciais. O autor conclui:

Quero com isso dizer que, diferente do que entende parcela da doutrina, o art. 489 do Novo CPC não retira da decisão judicial sua característica de ato de criação solitário pelo magistrado. O juiz pode até estar mais controlado e sua atuação mais supervisionada pela lei, mas no final do dia é sempre o juiz, no isolamento de seu gabinete ou casa, quem profere a decisão. E é ali que ele faz interpretações a respeito do Direito que obviamente são influenciadas por suas opiniões pessoais. Afinal, adotar um dentre vários entendimentos doutrinários plausíveis não é um ato humano que expressa uma opinião pessoal? Uma opinião pessoal fundada em argumentos sólidos, mas, ainda assim, uma opinião pessoal⁶⁹.

De todo modo, o princípio assegura não só a transparência da atividade judiciária, mas também viabiliza que se exercite o adequado controle de todas e quaisquer decisões jurisdicionais. Justamente porque o direito reclama, para sua aplicação, interpretação, e,

⁶⁸ Teresa Arruda Alvim Wambier... [et al.], coordenadores. Breves comentários ao novo Código de Processo Civil. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 39.

⁶⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil. Lei 13.105/2015. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2015, p. 34.

considerando que a interpretação da regra jurídica reclama, para sua correção, a consideração (consciente) de valores, é fundamental que se verifique a razão de o magistrado ter decidido de uma forma ou de outra sempre levando em conta as peculiaridades do caso concreto⁷⁰.

Assaz importante o princípio em causa com relação à fase preliminar da ação de improbidade administrativa. A decisão que recebe ou refuta a inicial de ação de improbidade há de ser corretamente fundamentada, garantindo às partes e à toda sociedade a plena ciência dos motivos determinantes à formação do convencimento do magistrado, que deve levar em conta os pontos duvidosos e a integralidade dos argumentos apresentados. Nesse sentido, se é necessário haver correlação entre as matérias de defesa apresentadas pelo réu e a motivação deduzida, com ainda maior razão no âmbito da ação de improbidade administrativa, cujos tipos, como cediço, são abertos.

2.5. Princípio da duração razoável do processo

Dispõe o inciso LXXVIII, do art. 5º, da CF/1988: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. O CPC ratificou esse princípio em duas oportunidades. No art. 4º: “As partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”. E no inciso II, do art. 139: “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) II - velar pela duração razoável do processo”. Portanto, a conclusão inarredável é que devido processo é processo com duração razoável.

A este respeito, ensina Humberto Theodoro Junior:

Entre os direitos fundamentais ligados à garantia do processo justo figura o inc. LXXVIII do art. 5º da CF, no qual se asseguram, a um só tempo, (i) a razoável duração do processo, bem como (ii) o emprego dos meios que garantam a celeridade de sua tramitação. O novo CPC, por seu turno, prevê que essa garantia de duração razoável do processo aplica-se ao tempo de obtenção da solução integral do mérito, que compreende não apenas o prazo para pronunciamento da sentença, mas também para a ulatimação da atividade satisfativa. É que condenação sem execução não dispensa à parte a tutela jurisdicional a que tem direito. A função jurisdicional compreende, pois, tanto a certificação do direito da parte, como sua efetiva realização. Tudo isso deve ocorrer dentro de um prazo que seja razoável, segundo as necessidades do caso concreto. Por outro lado, razoabilidade do prazo de duração e celeridade da marcha processual são duas garantias distintas contempladas pelo art. 5º, LXXVIII, da Constituição. Ambas traduzem cláusulas gerais, cujo conteúdo

⁷⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 52.

se liga a fato dependente de termo indeterminado. A consequência é não ser possível, de antemão, predeterminar qual seja a duração razoável de todos os processos. Também a celeridade processual não é algo que se possa predeterminar por meio de um ritmo único e preciso⁷¹.

A realidade demonstra que a acentuada demora da tutela jurisdicional significa denegação da justiça. A preocupação com a duração razoável do processo não é só brasileira, a discussão alcançou nível mundial, com presença de dispositivos específicos sobre o tema em diplomas normativos supranacionais, como o art. 8.º, item 1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), o art. 6.º, item 1, da Convenção Europeia de Direitos do Homem e também o art. 7.º, item 1, alínea d, da Carta Africana dos Direitos dos Homens e dos Povos⁷².

O novo Código, por si só, certamente não resolverá este problema da morosidade. É preciso, como anteriormente colocado, vontade dos administradores, vontade do Estado e do Judiciário brasileiro, além da modificação da visão tecnicista, formalista e burocrática do processo, afastado da realidade das ruas, sem compromisso com os fins políticos e sociais que informam a jurisdição⁷³.

A razoável duração do processo deve ser compreendida invariavelmente levando em conta as especificidades de cada caso concreto. Não há como exigir que casos complexos tenham o mesmo tempo de duração que processos pouco ou nada complexos. O que é dado ao processualista idealizar, em abstrato, são as técnicas, as mais variadas e nos variados planos, para buscar um julgamento mais célere. Não há, de qualquer sorte, como querer compreender o referido princípio como sinônimo de celeridade. Deve-se verificar como “economizar” a atividade jurisdicional no sentido da redução desta atividade, redução do número de atos processuais, quiçá, até, da propositura de outras demandas, resolvendo-se o maior número de conflitos de interesses de uma só vez⁷⁴.

O princípio da duração razoável do processo exerce significativa função na fase preliminar da ação de improbidade administrativa, na medida em que será considerada contrária ao referido princípio a conduta do juiz de prolongar até a sentença final uma demanda cuja

⁷¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Cível – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I. 56 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 147/148.

⁷² Teresa Arruda Alvim Wambier... [et al.], coordenadores. Breves comentários ao novo Código de Processo Civil. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 17.

⁷³ Teresa Arruda Alvim Wambier... [et al.], coordenadores. Breves comentários ao novo Código de Processo Civil. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 19.

⁷⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 54.

inicial não evidencia probabilidade de êxito. Muitas ações de improbidade são completamente descabidas, por considerarem que uma mera ilegalidade administrativa configura ato de improbidade, por arrolarem no polo passivo as pessoas que assinaram qualquer coisa no processo administrativo, etc, O réu de ações desse jaez tem pressa em se desvencilhar da acusação, e por isso deve o magistrado pôr fim à demanda sumariamente caso preenchidos os requisitos legais.

2.6. Princípio da efetividade do processo (efetividade do direito pelo e no processo)

A sugestiva expressão contida dentro dos parênteses é de Cassio Scarpinella Bueno. Aduz o autor que a efetividade do processo também encontra seu fundamento na locução contida no inciso XXXV do art. 5º da CF de que a lei não excluirá nenhuma lesão ou ameaça a direito da apreciação do Poder Judiciário. Sua noção repousa em verificar que, uma vez obtido o reconhecimento do direito indicado como ameaçado ou lesionado, seus resultados devem ser efetivos, isto é, concretos, palpáveis, sensíveis no plano exterior do processo, isto é, “fora” do processo. O princípio da efetividade do processo volta-se mais especificamente aos resultados da tutela jurisdicional no plano material, exterior ao processo⁷⁵.

Daí parecer mais adequado ao autor propor a substituição da expressão “efetividade do processo” por outra que coloca ênfase onde ela deve ser posta: efetividade do direito pelo e no processo. Não se trata de entender “efetivo” o processo em si mesmo considerado. A efetividade do processo mede-se pela sua capacidade de tornar reais (concretizados) os direitos controvertidos, ameaçados ou lesionados. Na exata medida em que a autotutela é vedada e que a sua contrapartida é a tutela jurisdicional, é irrecusável a conclusão de que a tutela daqueles direitos depende do processo. Sem processo não há direito efetivo. A efetividade, destarte, é do direito e não do processo⁷⁶.

É possível cogitar na incidência deste processo na fase preliminar da ação de improbidade, notadamente na defesa da posição processual do réu, mediante a compreensão de que, se por um lado é verdade que o autor da ação de improbidade busca a concretização de um direito material (a defesa do patrimônio público), por outro lado também é verdade que o réu é portador de um direito de enorme envergadura, que é o direito de não ser acusado injustamente

⁷⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 55.

⁷⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 55.

e, conseqüentemente, não figurar no polo passivo de demanda que não possui chances de alcançar uma sentença de procedência. Para o réu, mais do que para qualquer outro personagem dentro ou fora do processo, a fase preliminar é coisa séria.

2.7. Princípio da igualdade processual (paridade de armas)

O novo CPC refere, em seu art. 7º, que é assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório. Constitui núcleo central do devido processo legal a igualdade de tratamento entre as partes. Igualdade formal e material, assegurada a paridade de armas. Assim deve ser entendido o princípio da isonomia: igualdade de oportunidades para as partes, e aos terceiros a ela equiparados, de apresentarem as suas pretensões, manifestações e provas, sem desvantagens em relação ao *ex adverso*⁷⁷.

A igualdade no processo tem de ser analisada sob duas perspectivas distintas. Na primeira, importa ter presente a distinção entre igualdade perante a legislação (igualdade formal) e igualdade na legislação (igualdade material). Na segunda, é preciso ressaltar a diferença entre igualdade no processo e igualdade pelo processo – igualdade diante do resultado da aplicação da legislação no processo. A igualdade perante a legislação determina a aplicação uniforme da lei processual. O juiz tem o dever de aplicar a legislação de modo igualitário. É seu dever dirigir o processo e velar pela igualdade das partes (art. 139, I). A igualdade na legislação pressupõe a inexistência de distinções arbitrárias no seu conteúdo. A distinção tem de ser feita de forma racional pelo legislador. O direito à igualdade processual – formal e material – é o suporte do direito à paridade de armas no processo. O processo só pode ser considerado justo se as partes dispõem das mesmas oportunidades e dos mesmos meios para dele participar. Vale dizer: se dispõem das mesmas armas. Trata-se de exigência que obviamente se projeta sobre o legislador e sobre o juiz: há dever de estruturação e condução do processo de acordo com o direito à igualdade e à paridade de armas. Como facilmente se percebe, a igualdade, e a paridade de armas nela implicada, constitui pressuposto para efetiva

⁷⁷ Teresa Arruda Alvim Wambier... [et al.], coordenadores. Breves comentários ao novo Código de Processo Civil. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 24.

participação das partes no processo e, portanto, é requisito básico para plena realização do direito ao contraditório⁷⁸.

A paridade de tratamento assegurado pelo dispositivo legal naturalmente deve ser interpretada à luz do princípio da isonomia real, com tratamento diferenciado para partes distintas, desde que na medida de suas desigualdades. O tratamento desigual se dá pela criação de prerrogativas processuais, que sendo injustificáveis passam a ser verdadeiros privilégios processuais. E nesse tocante me parece que o dispositivo ora analisado não permite que o juiz crie prerrogativas processuais não previstas expressamente em lei, devendo apenas aplicar aquelas previamente criadas pelo legislador. Significa que a “paridade de armas” entre as partes se cumpre com a paridade de tratamento entre os iguais e a aplicação de tratamento diferenciado para os desiguais na medida das previsões legais⁷⁹.

Em conclusão, vale a pena trazer interessante observação de Fredie Didier Jr.:

“Uma importante dimensão do princípio da igualdade, no processo, é o dever de o órgão julgador confrontar o caso concreto com o caso paradigma, de modo a verificar se é ou não caso de aplicação do precedente ou da jurisprudência (art. 489, § 1º, V e VI, CPC)⁸⁰.

O princípio em causa é de fundamental importância para a fase preliminar da ação de improbidade administrativa. Em primeiro lugar, nenhum benefício deve, implícita ou explicitamente, ser outorgado ao autor da ação de improbidade em detrimento do réu. Deveras, não é porque o autor da ação, p. ex., o Ministério Público formula uma pretensão em defesa do patrimônio público (direito que toda sociedade, intuitivamente, possui interesse na respectiva salvaguarda) que serão concedidos créditos adicionais às suas alegações. Tampouco a pecha que naturalmente paira sobre todo aquele que é lançado no polo passivo de improbidade poderá influir no ânimo do juiz, até porque, como diz a Constituição Federal, ele presume-se inocente. O tratamento deve ser idêntico em todos os aspectos. Além disso, eventual precedente citado pelo réu em sua defesa prévia deve ser analisado e enfrentado pelo juiz, ainda que seja para afastar a sua incidência no caso concreto.

⁷⁸ Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. Novo curso de processo civil: teoria do processo civil, volume I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 493/499.

⁷⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil. Lei 13.105/2015. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2015, p. 42.

⁸⁰ DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 98.

Capítulos III – Interações entre o CPC de 2015 e a fase preliminar da ação e improbidade administrativa

1. A petição inicial da ação de improbidade administrativa e o “papel de pão”

Como será visto a seguir, o modelo constitucional do direito processual civil, expressamente adotado pelo NCCP e, portanto, de observância impositiva por toda a sociedade, conduz a uma necessidade de releitura dos princípios e regras do Processo Civil, verdadeiro processo de filtragem constitucional, que produz significativos impactos sobre a fase preliminar da ação de improbidade administrativa.

Nesse sentido, deve ser tomada com temperamentos a posição do STJ de que basta que o autor faça uma descrição genérica dos fatos e imputações dos réus, sem necessidade de descrever em minúcias os comportamentos e as sanções devidas a cada agente (REsp 1.192.583/RS), sendo descabido pretender que a petição inicial seja uma versão antecipada da sentença, uma espécie de bula de remédio que, de tão precisa e minuciosa (REsp 1108010/SC).

São assaz pertinentes as observações já analisadas de Cássio Scarpinella Bueno no que tange à petição inicial da ação de improbidade administrativa. De fato, a petição inicial da ação de improbidade administrativa deve ser proporcionalmente mais substancial do que a das outras ações, que não tem esta fase preliminar de admissibilidade da inicial em contraditório. Essa leitura é impositiva ante o contexto do procedimento especial estabelecido sobretudo pelos §§ 7º e 8º do art. 17 da LGIA. Ao contrário de uma narrativa genérica, cumpre ao autor da ação de improbidade delimitar, de forma robusta, os fatos, a causa de pedir e a produção imediata da correspondente prova dos fatos narrados.

Pensar assim é pensar em conformidade com os princípios que se relacionam com a fase preliminar da ação de improbidade administrativa. O pleno respeito ao contexto do procedimento especial estabelecido sobretudo pelos §§ 7º e 8º do art. 17 da LGIA, como menciona Cassio Scarpinella Bueno, é exigência que decorre dos princípios da dignidade da pessoa humana, do devido processo legal, do contraditório e ampla defesa e da paridade de armas, e será fundamental para garantir, ao final dessa fase preliminar, uma decisão coerente com o princípio da efetividade do direito pelo e no processo, garantindo ao réu a preservação do seu direito de não ser acusado injustamente e, conseqüentemente, de não figurar no polo passivo de demanda que não possui chances de alcançar uma sentença de procedência.

Igualmente pertinentes são as colocações feitas por Waldo Fazzio Júnior, para quem, como já visto anteriormente, é ônus do autor da ação civil de improbidade administrativa inscrever, na peça vestibular, o que quer, por que quer, com fundamento em que quer,

incumbendo-lhe ainda apontar, de forma concreta e objetiva, como e em que condições teria o requerido praticado os atos de improbidade que lhe são imputados. A petição inicial, assim, deve ser precisa quanto à indicação do fato e os fundamentos jurídicos do pedido.

Ensina Araken de Assis que, ao pretender certo bem da vida, efeito, proveito, vantagem, utilidade ou benefício perante outra pessoa, por intermédio do processo, o autor tem o ônus de dizer por que. Então, incumbe-lhe narrar fato ou conjunto de fatos que compõem os elementos de incidência da norma porventura aplicável à espécie e que lhe aproveita. Essa narrativa forma o chamado episódio da vida na petição inicial. Lembra ainda o autor que as razões de fato mostram-se essenciais à defesa. O réu se defende contra os fatos narrados na petição inicial e sem descrição hábil, completa, precisa e coerente da causa de pedir ativa a defesa ficará prejudicada ou inviável⁸¹.

Nessa linha de ideias, deve ser registrado que, de acordo com o art. 319, III, do Código de Processo Civil, a petição inicial indicará o fato e os fundamentos jurídicos do pedido. Já o § 6º, do art. 17, da LGIA dispõe que a ação será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas.

Vale destacar que o art. 321, do CPC, afirma que o juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado, sob pena de indeferimento da petição inicial.

Esse itinerário legal deve ser aplicado com rigor sobre as ações de improbidade administrativa, cuja petição inicial deve apontar, de forma concreta e objetiva, como e em que condições teria o requerido praticado os atos de improbidade que lhe são imputados. Deve ser precisa a indicação do fato e dos fundamentos jurídicos do pedido. O desatendimento desta obrigação impõe ao juiz censurar a petição inicial, aplicando de imediato a regra contida no art. 321, do NCPC, de modo a determinar que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, emende ou complete a petição inicial, sob pena de indeferimento.

A defesa que aqui se faz a respeito da maior responsabilidade que o autor deve ter com relação à petição inicial de ação de improbidade está afinada com os ensinamentos de Cassio

⁸¹ ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro, volume III: parte especial: procedimento comum: (da demanda à coisa julgada)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 73 e 75.

Scarpinella Bueno. Diz o autor, como visto anteriormente, que a delimitação dos fatos, da causa de pedir e a produção imediata da correspondente prova dos fatos narrados (quando for o caso) deve ser bastante robusta, sob pena de comprometer, já de início, o seguimento da ação e, até mesmo, sua rejeição com apreciação de mérito. É dizer: ou comprova-se, desde logo, que a ação de improbidade administrativa é razoavelmente bem fundada e bem fundamentada ou é caso de extinção do processo desde logo, inclusive com o julgamento “premature” do mérito⁸².

Para concluir, vale a pena mencionar a lição de Araken de Assis a respeito do controle da petição inicial feito pelo juiz:

A atividade de saneamento a cargo do órgão judiciário desempenha papel fundamental na consecução do desejável equilíbrio entre as partes. E tal tarefa, no modelo brasileiro (infra 1.765), começa ao primeiro contato com a inicial. Ao juiz operoso e vigilante, cômico da respectiva responsabilidade profissional e, sobretudo, social, cumpre tomar as iniciativas que, sem violar a diretriz política do sistema processual – iniciativa exclusiva das partes versus iniciativa concorrente do órgão judiciário – na prática preparem o futuro julgamento do mérito tanto quanto possível. O art. 321, caput, determina ao órgão judiciário, ao receber a petição inicial, atentar para: (a) a falta de observância dos requisitos gerais e formais dos arts. 319 e 320; (b) a existência de outros defeitos “capazes de dificultar o julgamento de mérito”. Essa disposição integra o dever de esclarecimento do órgão judiciário (retro, 955.1), parte integrante do processo constitucionalmente justo e equilibrado, uma das múltiplas facetas da cooperação do art. 6º do NCPC.⁸³

2. A defesa prévia e o direito subjetivo à rejeição da tutela de improbidade

Como visto anteriormente, de acordo com a LGIA, antes do efetivo início do processo de improbidade administrativa a petição inicial deve ser submetida ao crivo de uma fase preliminar ao fim da qual o juiz irá se manifestar sobre a possibilidade de procedência da demanda. Assim é que, uma vez recebida a inicial, o demandado será intimado a apresentar manifestação prévia, sendo, em seguida, proferida decisão pelo juiz, que rejeitará a ação caso se convença da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita. Caso contrário, receberá a inicial e determinará a citação do réu.

A existência deste procedimento *sui generis*, sem precedente no âmbito do processo civil, impõe reflexão quanto aos diferentes direitos envolvidos. Ora, se por um lado a demanda envolve, pelo lado do autor, a busca pela salvaguarda do patrimônio público, por outro lado

⁸² BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 166.

⁸³ ASSIS, Araken de. Processo civil brasileiro, volume III: parte especial: procedimento comum: (da demanda à coisa julgada). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 109.

exsurge da demanda o direito subjetivo do demandado de não figurar como réu em ação de improbidade administrativa que não reúne os requisitos necessários para ultrapassar a fase preliminar fixada pela própria LGIA (§ 8º do artigo 17 da Lei 8.429/92).

Por outro lado, não se pode perder de vista que a ação de improbidade não se trata de uma mera ação de responsabilização civil. A extrema gravidade das sanções perspassa a esfera cível da responsabilização do réu, atingindo até mesmo os seus direitos políticos, isso sem falar na pecha que o mero processamento de ação de improbidade representa para aquele que é demandado.

Ademais disso, é do acusador o ônus de formular uma inicial que preenche, integralmente, os requisitos fixados pela LGIA e pelo NCPC, obrigação esta ainda mais realçada quando o autor é o Ministério Público, não somente porque este possui vocação acusatória – o que torna ainda mais óbvia a sua obrigação de bem cumprir o seu mister –, como também porque na maioria das vezes a ação é precedida de Inquérito Civil, ocasião em que o Ministério Público poderá, ou melhor, deverá dirimir eventuais dúvidas quanto à autoria e materialidade do ato de improbidade administrativa, sendo incoerente que, após o despêndio de recursos públicos para o esclarecimento dos fatos, ainda assim o Ministério Público formule uma inicial que não atenda integralmente os requisitos legais, devendo, neste caso, sofrer a censura judicial prevista no § 8º do artigo 17 da LGIA.

Vale observar, com Fabio Medina Osório, que todo e qualquer procedimento punitivo resulta, em alguma medida, atrelado ao princípio da defesa e à presunção de inocência. A dúvida em favor das pessoas processadas é uma das consequências mais nítidas dessas cláusulas constitucionais que protegem direitos fundamentais dos acusados em geral, atrelando-se à presunção de inocência. Para que se assegure uma razoável defesa ao imputado, necessário garantir a possibilidade de que não haja presunções absolutas em seu desfavor⁸⁴. Veja que a invocação acrítica do *in dubio pro societate* seria, assim, absolutamente ilegal e inconstitucional.

Pode-se afirmar, dentro dessa linha de raciocínio, que o direito do réu de não ser demandado em ação de improbidade administrativa que não preenche os requisitos legais deve ser analisado, dentro da fase preliminar, à luz do princípio da efetividade do processo aduzido anteriormente por Cassio Scarpinella Bueno – efetividade do direito pelo e no processo –, que busca concretizar os direitos controvertidos, ameaçados ou lesionados. Este princípio deve

⁸⁴ OSÓRIO, Fabio Medina. Direito Administrativo sancionador. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 448.

incidir para efeitos não somente em relação à pretensão autoral (defesa da moralidade pública), mas também em relação ao direito subjetivo do réu de não figurar em demanda injusta.

A propósito, ensina Humberto Theodoro Junior:

Há uma concepção, que hoje domina a doutrina especializada e, aos poucos, se afirma na melhor jurisprudência, segundo a qual a preocupação maior do aplicador das regras e técnicas do processo civil deve privilegiar, de maneira predominante, o papel da jurisdição no campo da realização do direito material, já que é por meio dele que, afinal, se compõem os litígios e se concretiza a paz social sob comando da ordem jurídica.⁸⁵

Sob outro de ponto de vista, igualmente importante para a análise da posição do réu na ação de improbidade administrativa, pode-se invocar os ensinamentos de Marinoni, Arenhart e Mitidiero:

Não há racionalidade em admitir que o processo prossiga quando apresenta defeitos ou irregularidades capazes de comprometer a análise da pretensão à tutela jurisdicional do direito. Admitir o prosseguimento do processo em tais condições significaria violação dos direitos fundamentais à tutela jurisdicional efetiva e à duração razoável do processo. Isso porque tais direitos fundamentais são voltados a uma tutela efetiva e tempestiva, o que é inviável quando existem defeitos ou irregularidades processuais capazes de comprometer a resolução do mérito. Em tais circunstâncias, a pretendida prioridade da apreciação dos pressupostos processuais em relação ao julgamento do mérito tem plena procedência. Tal prioridade só se transforma em algo irracional, e nesse sentido sua afirmação só pode ser vista como dogma, quando o processo se encontra em estado que dá plenas condições ao juiz de constatar a existência ou a inexistência do direito material⁸⁶.

Gize-se, por fim, que o processo de improbidade, por si só, constitui um enorme contrangimento para o réu. Segue-se daí que, na hora de formalizar uma petição inicial, imputando a alguém a prática de ato de improbidade, não há espaço para fórmulas que obstaculizem o direito subjetivo do réu de não ser processado em demanda injusta. Se com a defesa prévia o réu comprovar que a demanda não possui possibilidade de êxito, deve o magistrado extinguir o feito. Não cabe a invocação de fórmulas, ainda que de uso corrente, que permitam driblar a fase preliminar. Veremos a seguir duas fórmulas muito invocadas em decisões judiciais para autorizar o prosseguimento da ação de improbidade.

⁸⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Cível – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I. 56 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 120/121.

⁸⁶ Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. Novo curso de processo civil: teoria do processo civil, volume I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 553/554.

3. Crítica às decisões-coringa: a invocação acrítica do *princípio in dubio pro societate* e da teoria da asserção

Doutrina e jurisprudência parecem não dissentir quanto ao entendimento de que, na fase preliminar da ação de improbidade administrativa, deve prevalecer o princípio *in dubio pro societate*. De acordo com essa percepção, a ausência ou insuficiência de provas do ato ímprobo não pode conduzir imediatamente a rejeição da inicia, pelo contrário, deve-se autorizar o prosseguimento da demanda de modo a oportunizar a ampla produção das provas pertinentes. Nesse sentido a Primeira e a Segunda Turmas do STJ firmaram posição. Confira-se:

PRIMEIRA TURMA

DIREITO ADMINISTRATIVO. REQUISITOS PARA A REJEIÇÃO SUMÁRIA DE AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (ART. 17, § 8º, DA LEI 8.429/1992).

Após o oferecimento de defesa prévia prevista no § 7º do art. 17 da Lei 8.429/1992 - que ocorre antes do recebimento da petição inicial -, somente é possível a pronta rejeição da pretensão deduzida na ação de improbidade administrativa se houver prova hábil a evidenciar, de plano, a inexistência de ato de improbidade, a improcedência da ação ou a inadequação da via eleita. Isso porque, nesse momento processual das ações de improbidade administrativa, prevalece o princípio *in dubio pro societate*. Esclareça-se que uma coisa é proclamar a ausência de provas ou indícios da materialização do ato ímprobo; outra, bem diferente, é afirmar a presença de provas cabais e irretorquíveis, capazes de arredar, prontamente, a tese da ocorrência do ato ímprobo. Presente essa última hipótese, aí sim, deve a ação ser rejeitada de plano, como preceitua o referido § 8º da Lei 8.429/1992. Entretanto, se houver presente aquele primeiro contexto (ausência ou insuficiência de provas do ato ímprobo), o encaminhamento judicial deverá operar em favor do prosseguimento da demanda, exatamente para se oportunizar a ampla produção de provas, tão necessárias ao pleno e efetivo convencimento do julgador. Com efeito, somente após a regular instrução processual é que se poderá concluir pela existência de: (I) eventual dano ou prejuízo a ser reparado e a delimitação do respectivo montante; (II) efetiva lesão a princípios da Administração Pública; (III) elemento subjetivo apto a caracterizar o suposto ato ímprobo. REsp 1.192.758-MG, Rel. originário Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. para acórdão Min. Sérgio Kukina, julgado em 4/9/2014.

SEGUNDA TURMA

DIREITO ADMINISTRATIVO. NECESSIDADE DE RECEBIMENTO DA INICIAL NO CASO DE INDÍCIOS DE ATO QUE POSSA SER ENQUADRADO EM HIPÓTESE DE IMPROBIDADE PREVISTA NA LEI N. 8.429/1992.

Deve ser recebida a petição inicial de ação de improbidade no caso em que existam indícios da prática de ato ímprobo por prefeito que, no contexto de campanha de estímulo ao pagamento do IPTU, fizera constar seu nome, juntamente com informações que colocavam o município entre outros que

detinham bons índices de qualidade de vida, tanto na contracapa do carnê de pagamento do tributo quanto em outros meios de comunicação. Tal conduta, em princípio, pode configurar indevida prática de promoção pessoal mediante a utilização de informes publicitários oficiais, subsumindo-se, dessarte, a hipótese de ato de improbidade administrativa prevista na Lei n. 8.429/1992. Nesse contexto, havendo indícios da prática de ato de improbidade, é prematura a extinção do processo com julgamento de mérito, tendo em vista que, na fase inicial da ação, ainda inexistem elementos suficientes para um juízo conclusivo acerca da demanda. Com efeito, de acordo com a jurisprudência do STJ, existindo meros indícios de cometimento de atos enquadráveis na Lei n. 8.429/1992, a petição inicial há de ser recebida, fundamentadamente, pois, na fase inicial prevista no art. 17, §§ 7º, 8º e 9º, vale o princípio *in dubio pro societate*, a fim de possibilitar o maior resguardo do interesse público. AgRg no REsp 1.317.127-ES, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 7/3/2013.

O problema que esse entendimento gera é a compreensão de que, na dúvida, deve-se privilegiar o prosseguimento da ação de improbidade. Ou que seria possível ao autor apenas narrar uma conduta ímproba sem juntar aos autos documentos mínimos que comprovem suas assertivas. Nada mais equivocado. Ora, uma coisa é constatar a existência de indícios. Outra, bem diferente, é a ação que não encontra suporte em prova documental, o que, além de violar o § 6º do art. 17 da LGIA, também revela manifesta inobservância do art. 330, inc. IV c/c art. 320 do NCPC.

Infelizmente observa-se, na prática, que magistrados valem-se acriticamente do princípio do *in dubio pro societate* para fundamentar o recebimento da inicial de ação de improbidade administrativa. Ocorre que, bastas vezes, esse fundamento é utilizado em situações que revelam flagrante descumprimento da lei processual civil. Vejamos.

De acordo com o art. 330, inc. IV, do NCPC, a petição inicial deverá ser indeferida quando não forem atendidas as prescrições dos arts. 106 e 321. O referido art. 321 diz que o juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado. Vale destacar que o art. 320 do NCPC afirma que a petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação.

Ou seja, o NCPC torna obrigatório, para o autor, a juntada de “documentos indispensáveis à propositura da ação”, o que, se não ocorrer e nem for suprido a partir da determinação judicial, dará ensejo à extinção da ação.

A questão que surge é: no âmbito da ação de improbidade administrativa, o que se entende por “documentos indispensáveis à propositura da ação”, cuja falta não autoriza o prosseguimento da demanda?

Nesse sentido, vale trazer à colação precedente do STJ. Confira-se:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. MOMENTO DE JUNTADA DE DOCUMENTOS AO PROCESSO. ABERTURA DE OPORTUNIDADE PARA MANIFESTAÇÃO DA PARTE ADVERSA. DIREITO CAMBIÁRIO. NOTA PROMISSÓRIA. EXECUÇÃO DE AVALISTA, SÓCIO DA EMPRESA AVALIZADA. ENDOSSO PÓSTUMO OU IMPRÓPRIO EFETUADO APÓS O PROTESTO POR FALTA DE PAGAMENTO. EFEITOS DE CESSÃO CIVIL. PRINCÍPIO DA INOPONIBILIDADE DE EXCEÇÃO PESSOAL RESTRITO À RELAÇÃO CAMBIÁRIA. AFASTAMENTO NO CASO CONCRETO.

1. Os documentos indispensáveis à propositura de qualquer ação - acarretando, a sua falta, o indeferimento da petição inicial - dizem respeito à demonstração das condições para o livre exercício da ação e dos pressupostos processuais, aos requisitos específicos de admissibilidade inerentes a algumas ações, **bem assim àqueles diretamente vinculados ao objeto da demanda**, como sói ser o contrato formal para o ajuizamento de ação que visa discutir relação jurídica contratual. Há também os documentos que visam comprovar as alegações da parte e, portanto, não são imprescindíveis no momento do ajuizamento da demanda ou do julgamento do mérito, mas a sua ausência pode motivar a improcedência do pedido.

2. Não obstante os arts. 283 e 396 do CPC sejam incisivos quanto ao momento da juntada da documentação aos autos - conjuntamente com a peça preambular -, fato é que tanto a jurisprudência, excepcionalmente, quanto a própria lei (art. 284 do CPC, por exemplo, cujo prazo é dilatatório) mitigam essa regra quanto aos documentos comprobatórios da tese defendida, máxime tendo em vista os princípios da economia e da instrumentalidade do processo. Precedentes.

3. As instâncias ordinárias assentaram a tempestividade na juntada dos referidos documentos aos autos, em virtude basicamente de caracterizá-los como comprobatórios das alegações autorais, aos quais a jurisprudência tem, excepcionalmente, em consonância com a moldura fática do caso concreto, atribuído maior flexibilidade quanto a sua admissão superveniente. Infirmar essa conclusão demanda o revolvimento de matéria fático-probatória, inviável na estreita via do recurso especial ante o óbice erigido pela Súmula 7 do STJ.

4. O endosso póstumo ou impróprio, assim entendido aquele realizado posteriormente ao vencimento do título, ou efetuado posteriormente ao protesto por falta de pagamento, ou ainda feito depois do prazo fixado para o protesto necessário, gera efeitos diversos do endosso propriamente dito, quais sejam, aqueles advindos de uma "cessão ordinária de crédito". O princípio da inoponibilidade de defesa pessoal a terceiro de boa-fé ostenta natureza eminentemente cambial, não sendo, pois, aplicável à espécie.

5. No caso em tela, o endosso deu-se posteriormente ao protesto do título por falta de pagamento, o que, por si só, é suficiente para afastar a restrição da defesa ao aspecto meramente formal da promissória. Tendo assentado o acórdão recorrido a prática manifesta de juros excessivos, tanto quanto a quitação substancial do referido título, não há cogitar da sua reforma.

6. Recurso especial não provido.

(REsp 826.660/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 19/05/2011, DJe 26/05/2011)

(original sem negrito)

Uma primeira pista, portanto, é que o documento indispensável à propositura da ação diz respeito àqueles documentos diretamente vinculados ao objeto da demanda. A complementação provém do § 6º do art. 17 da LGIA, que afirma que a ação de improbidade será instruída com documentos que contenham “indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas”. Ou seja, a partir de uma interpretação sistemática, constata-se que os documentos veiculadores de indícios suficientes da existência do ato de improbidade é, para todos os efeitos, diretamente vinculados ao objeto da demanda de improbidade.

Dito de outro modo, no subsistema processual da ação de improbidade administrativa o autor é obrigado a acostar em sua inicial prova documental que forneça indícios do ato de improbidade, sendo necessário, por decorrência lógica, a existência de uma narrativa que descreva, de maneira lógica e racional, o itinerário que liga os referidos indícios à figura do réu da ação. Não sendo possível a juntada oportuna dessa prova documental, deve o autor motivar de maneira fundamentada a impossibilidade de sua apresentação. A não adoção desta providência ensejará a imediata interrupção da demanda, sendo necessário adotar-se a providência inscrita no art. 321 do NCPC, de modo a que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, emende a inicial ou a complete, sob pena de indeferimento da inicial.

Por outro lado, quando a ação é proposta pelo Ministério Público – o que acontece na maioria absoluta dos casos –, pode-se acrescentar um fundamento à obrigatoriedade de anexação dos documentos que forneçam sólidos indícios do ato de improbidade administrativa, além de narrativa consistente que conecte o réu aos referidos indícios. É que, como já dito, o Ministério Público possui vocação acusatória, integrando o rol de seus misteres o amplo domínio da técnica processual que permita a formulação de uma inicial adequada, que preencha corretamente os requisitos legais.

Nesse diapasão, considerando a gravidade das penas cominadas ao réu de ação de improbidade administrativa, bem como o fato de que a fase preliminar é oriunda do Processo Penal, é possível importar desse mesmo Processo Penal a visão garantista que considera que o princípio *in dubio pro societate* não é compatível com o Estado Democrático de Direito.

Deveras, de acordo com essa concepção, a dúvida não permite que o Ministério Público arrole no polo passivo de uma ação de improbidade administrativa quem quer que seja. Ora, o Ministério Público, como defensor da ordem jurídica e dos direitos individuais e sociais

indisponíveis, não pode, com base na dúvida, manchar a dignidade da pessoa humana e causar prejuízos de difícil ou impossível reparação. A ação de improbidade administrativa lança sobre o réu fardo semelhante ou mesmo idêntico ao de uma ação penal. Assim, se há dúvida, não é responsabilidade do acusado, mas sim do Estado-acusador, que, mesmo dispondo de instrumento jurídico investigatório – o Inquérito Civil –, não logrou amealhar provas que fornecem os indícios do ato de improbidade. Lembre-se, afinal, que tal princípio não possui assento em qualquer dispositivo constitucional ou legal⁸⁷.

Finalmente, como já destacado anteriormente de acordo com o escólio de Fábio Medina Osório, considerando a necessidade de se garantir uma razoável defesa ao imputado, não é possível admitir-se presunções absolutas em desfavor do réu⁸⁸, o que evidenciaria a impossibilidade de invocação acrítica do brocardo *in dubio pro societate*.

Já em relação à teoria da asserção, seus seguidores afirmam que as condições da ação (que na sistemática do NCPC são o interesse de agir e a legitimidade processual) deveriam ser aferidas *in statu assertionis*, ou seja, a partir do modo como a demanda é construída – de modo que se estaria diante de questões de mérito sempre que, por estarem as condições corretamente expostas na petição inicial, só depois se verificasse a falta de sua concreta implementação⁸⁹. O aspecto prático dessa teoria é que o magistrado acaba deixando para a sentença a ocasião de analisar a presença efetiva das condições de ação.

A primeira observação a ser feita é quanto à própria validade dessa teoria. Com razão Cândido Rangel Dinamarco, que afirma que não basta que o demandante descreva formalmente uma situação em que estejam presentes as condições da ação. É preciso que elas existam realmente. Uma condição da ação é sempre uma condição da ação e por falta dela o processo deve ser extinto sem julgamento de mérito, quer o autor já descreva uma situação em que ela falte, quer dissimule a situação e só mais tarde os fatos revelem ao juiz a realidade. Seja ao despachar a petição inicial, ou no julgamento conforme o estado do processo ou em qualquer outro momento intermediário do procedimento – ou mesmo afinal, no momento de proferir sentença – o juiz é proibido de julgar o mérito quando se convence de que a condição falta⁹⁰.

Afinal de contas, não seria eticamente legítimo sujeitar o adversário aos vínculos de um processo e ao desconforto que ele causa, quando se antevê que a tutela jurisdicional

⁸⁷ RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 6 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002, p. 79.

⁸⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo sancionador. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 448.

⁸⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, volume II. 4 ed. Malheiros Editores, 2004, p. 317.

⁹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, volume II. 4 ed. Malheiros Editores, 2004, p. 316.

pedida pelo autor não lhe será útil ou que, por afrontar certos preceitos superiores, jamais poderá ser concedida. Nem seria economicamente legítimo impor ao adversário despesas para se defender e ao Estado o desperdício de atividades, nessa situação. Tais são as fundamentais razões de fundo ético-econômico que autorizam os condicionamentos impostos pela lei ao direito de ação .

Mas ainda que se superem tais questionamentos, deve ser objeto da mais severa censura a invocação da teoria da asserção na decisão que decide pelo recebimento da inicial da ação de improbidade administrativa, se não restar efetivamente comprovada a impossibilidade de se analisar, no caso concreto, a existência das condições da ação cuja existência eventualmente tenha sido impugnada pelo réu na defesa prévia.

O emprego da referida teoria como fundamentação da decisão que recebe a petição inicial da ação de improbidade, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso, torna-a nula de pleno direito, na forma do §1º do art. 489, inc. II, do NCPC.

4. A decisão judicial que recebe a inicial: o dever de motivar na amplitude do § 1º, do artigo 489, do NCPC

O art. 11 do NCPC reproduz a regra constitucional que impõe sejam públicos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (CF, art. 93, IX). Explica-se a exigência constitucional pela circunstância de que na prestação jurisdicional há um interesse público maior do que o privado defendido pelas partes. Trata-se da garantia da paz e harmonia social, procurada por meio da manutenção da ordem jurídica. Daí que todos, e não apenas os litigantes, têm direito de conhecer e acompanhar tudo o que se passa durante o processo. Aliás, a publicidade é exigência do Estado Democrático que não se limita aos atos do Judiciário, pois a Constituição a impõe como princípio fundamental da Administração Pública praticada na esfera de qualquer dos Poderes institucionais (CF, art. 37)⁹¹.

Se contraditório significa direito de influir, é pouco mais do que evidente que tem de ter como contrapartida dever de debate – dever de consulta, de diálogo, inerente à estrutura cooperativa doprocesso. Como é de fácil intuição, não é possível aferir se a influência foi efetiva se não há dever judicial de rebate aos fundamentos levantados pelas partes. Não é por

⁹¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Cível – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I. 56 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 167.

outra razão, a propósito, que já decidiu igualmente o Supremo Tribunal Federal que o direito ao contraditório implica dever de o órgão jurisdicional contemplar os fundamentos levantados pelas partes em juízo e considerá-los séria e detidamente. Vale dizer: partindo-se de uma acepção forte de contraditório, o parâmetro para aferição da correção da motivação da decisão judicial deixa de ser tão somente intrínseco (a inexistência de contradição lógica do julgado e a correta exposição do convencimento judicial) e passa a assumir também feição extrínseca (a fundamentação dos arrazoados das partes). Não há que se falar em decisão motivada se esta não enfrenta expressamente os fundamentos arguidos pelas partes em suas manifestações processuais⁹².

Pois o NCPC estipulou um regime de fundamentação de decisão que desce a minúcias, que não encontra precedente em qualquer outro ordenamento jurídico estrangeiro. O §1º do art. 489 dispõe que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

A aplicação do regime instituído pelo §1º do art. 489 do NCPC é de fundamental importância em relação ao provimento jurisdicional que decide a fase preliminar da ação de improbidade administrativa. O réu, neste caso, terá o direito de obter do Estado-juiz uma decisão motivada que analise todos os pontos duvidosos e a integralidade dos argumentos apresentados (inc. V). Nessa perspectiva, fica vedada a adoção de qualquer “decisão-modelo” que veicule dispositivos legais sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida (inc. D), que, assim, seriam possível justificar qualquer outra decisão (inc. IV). Igualmente vedada é a invocação acrítica do princípio *in dubio pro societate* e da teoria da asserção, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso (inc. II).

⁹² Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. Novo curso de processo civil: teoria do processo civil, volume I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 511.

O vício na motivação desta decisão possui dois tipos: (a) a ausência e (b) a deficiência. A ausência ocorre quando o juiz, simplesmente, não expõe fundamento algum para a resolução tomada (v.g., o “defiro, como requer”). Motivação insuficiente é a que o juiz abstrai o raciocínio, socorrendo-se de cláusula de estilo (v.g., “presentes os requisitos legais da verossimilhança e do receio dano, defiro a liminar requerida”). Este último é o vício combatido pelo §1º do art. 489 do NCPC, sendo certo que, em ambos os casos, a nulidade é absoluta⁹³.

5. O julgamento parcial de mérito (art. 356 do NCPC) vis-à-vis a decisão prevista no art. 17, § 8º, da LGIA

Como já abordado anteriormente, no tocante à decisão de recebimento da inicial de ação de improbidade (art. 17, § 8º, da LGIA), a jurisprudência do STJ é bastante benéfica para o autor da ação de improbidade. Diz-se isso com base em um conjunto de precedentes que fazem com que a balança penda para o recebimento da inicial.

Assim é que, para ser recebida a inicial, é suficiente a demonstração de indícios razoáveis de prática de atos de improbidade e autoria, eis que nesta fase inicial prepondera o princípio do *in dubio pro societate*. Ademais, entende a Corte Superior que a cognição sumária própria da fase inicial impede juízos de maior profundidade sobre a pretensão deduzida. Na dúvida, deve o magistrado permitir o prosseguimento da demanda. Nesse mesmo contexto, entende o STJ que somente após a regular instrução processual é que se poderá concluir pela existência, ou não, de: (I) enriquecimento ilícito; (II) eventual dano ou prejuízo a ser reparado e a delimitação do respectivo montante; (III) efetiva lesão a princípios da Administração Pública; e (IV) configuração de elemento subjetivo apto a caracterizar o noticiado ato ímprobo.

Daí porque parte da doutrina entende que a defesa prévia do réu deverá se limitar a questões relacionadas às condições da ação e aos pressupostos processuais.

Nada mais equivocado. Já em 2001, Cássio Scarpinella Bueno afirmava que na decisão prevista no art. 17, § 8º, da LGIA o juízo ingressará não apenas na admissibilidade da petição inicial, como também proferirá uma espécie de julgamento prematuro da lide. Afirmou o autor que não só motivos de ordem formal ou técnica podem levar à rejeição da petição inicial, mas também questões substanciais, como a inexistência do ato de improbidade ou a própria

⁹³ ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro*, volume I: parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 446.

improcedência da ação, com o desacolhimento do pedido, tratando-se, assim, de julgamento de mérito⁹⁴.

Vale destacar que as observações feitas pelo autor se alinhavam com o instituto do ‘julgamento antecipado do mérito’ previsto no art. 355 do NCPC. Mais do que isso. Seu entendimento já dialogava com o novel instituto do ‘julgamento antecipado parcial do mérito’ (art. 356 do NCPC), que impõe ao juiz decidir parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso (inc. I) ou estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 355 (inc. II).

A respeito do tema, Cássio Scarpinella Bueno, em seu Manual de Direito Processual Civil, afirma que:

A importância do CPC de 2015, no particular, reside em tornar expressa aquela viabilidade, rompendo de vez, e de lege data, com o que alguns chamam de “princípio da unicidade do julgamento” ou “da sentença”. É técnica importante para, sempre viabilizando o inafastável diálogo entre os planos material e processual, otimizar o procedimento, flexibilizando-o na perspectiva de permitir a efetivação da tutela jurisdicional na medida em que ela já possa ser prestada, ainda que em parte. Não deixa de ser, nessa perspectiva, uma inegável concretização da eficiência processual⁹⁵.

Imagine-se a seguinte hipótese. O Ministério Público propõe ação de improbidade administrativa em face de prefeito e de secretário municipal, sob o fundamento de que o segundo formalizou convênio ilegal e que gerou prejuízo ao erário, ao passo que o primeiro, na condição de gestor máximo da Municipalidade, deveria ser responsabilizado por culpa *in vigilando* e/ou culpa *in eligendo*. Em sua defesa prévia, o prefeito municipal demonstra que, em razão do princípio da desconcentração administrativa, ele não detinha competência direta sobre o assunto e que a competência legal para assinar o convênio era exclusiva do secretário corréu. Nessa perspectiva, a ausência de nexos causal conduziria à impossibilidade de configuração do elemento subjetivo.

Neste caso, o juiz poderá, ou melhor, deverá receber a petição inicial em face do secretário municipal e julgar improcedente a ação em face do prefeito municipal, nos exatos

⁹⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. O procedimento Especial da Ação de Improbidade Administrativa (Medida Provisória 2.088). Improbidade administrativa – questões polêmicas e atuais. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 174.

⁹⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 331.

limites permitidos pelo art. 17, § 8º, da LGIA. De fato, há claramente ausência do nexo causal que, via de consequência, afasta a suposta culpa do prefeito. A LGIA não admite a responsabilidade objetiva do agente, sendo necessário demonstrar o elemento subjetivo que permeou sua conduta. Nesse diapasão, a mera alegação de que o chefe do Executivo, em razão do princípio da hierarquia, deve fiscalizar todos os atos de seus subordinados, não é suficiente para configurar um ato de improbidade. Portanto, a hipótese é de julgamento de mérito, ou, se preferir, de ‘julgamento antecipado parcial do mérito’.

6. O sistema dos precedentes ‘a brasileira’ (art. 927 do NCPC) e a necessidade de criação de *standards* em relação à fase inicial da ação de improbidade

O novo Código de Processo Civil procurou prestigiar a jurisprudência consolidada dos tribunais (arts. 926 a 928, que trata das disposições gerais sobre a ordem dos processos nos Tribunais), visando a alcançar a maior igualdade possível nos resultados de processos que tratam da mesma questão de fato e de direito. A nova legislação tem como supedâneo não apenas cristalizar a integridade da ordem jurídica, mas também restaurar o prestígio e a confiança no Poder Judiciário. Este enfoque isonômico também tem como objetivo afirmar a segurança jurídica, não somente no sentido de que basta garantir aos sujeitos a paridade de armas, mas também que os resultados dos processos símiles, com a jurisprudência já consolidada, sejam idênticos, a fim de resguardar a previsibilidade e a constância das decisões no espectro de um ordenamento uniforme. O duplo aspecto da isonomia, na perspectiva do resultado do processo e da segurança jurídica, somadas às demais vicissitudes da igualdade, informam a preocupação do legislador com a unidade da jurisdição (lei e jurisprudência) na perspectiva das garantias fundamentais do processo.⁹⁶

O NCPC impõe aos tribunais o dever de uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente (art. 926). A principal novidade consta do art. 927 do NCPC, que veicula um rol de precedentes obrigatórios, que se distinguem entre si pelo seu procedimento de formação. O referido dispositivo afirma que os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria

⁹⁶ Teresa Arruda Alvim Wambier... [et al.], coordenadores. Breves comentários ao novo Código de Processo Civil. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 25.

constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. Tamanha a preocupação com os precedentes que o § 5º do mesmo dispositivo legal determina aos tribunais que deem publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

Cometando o artigo em questão, Dierle Nunes e Alexandre Melo Franco Bahia destacam que o artigo reforça o caráter vinculante das decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade e de Súmulas Vinculantes, mas inova (para dar coerência à nova estrutura do Código), ao estabelecer a vinculação também de juízes e tribunais aos acórdãos e precedentes nos incidentes de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas. E dá às Súmulas do STF (em matéria constitucional) e do STJ (em matéria infraconstitucional) um caráter de obrigatoriedade. Ainda, o inc. V do art. 927 ainda acrescenta que juízes/Tribunais devem observar “a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”. Já havia dispositivos que trabalhavam com precedentes no Brasil, contudo, é a primeira vez que isso é colocado de forma tão clara na lei⁹⁷.

A consolidação da jurisprudência e a sua força obrigatória nos moldes preconizados no art. 927 do NCPC traz significativos benefícios à fase preliminar da ação de improbidade administrativa. Primeiramente, urge seja uniformizada a jurisprudência dos tribunais, notadamente a do STJ, cuja função é justamente pacificar a jurisprudência dos diferentes tribunais, conferindo unidade ao sistema judicial. Viu-se no item 4.8 do Capítulo I alguns exemplos de divergência dentro do próprio STJ, o que abala a credibilidade que a sociedade deposita no Poder Judiciário, com especial prejuízo à segurança jurídica. Não é possível que uma mesma hipótese receba dois ou mais tratamentos distintos.

Pacificada a jurisprudência, a adoção da dinâmica fixada no art. 927 do NCPC resultará em diversos benefícios às partes do processo, ao Poder Judiciário e à própria sociedade, na medida em que a referida dinâmica almeja a igualdade no resultado de processos que tratam da mesma questão de fato e de direito. Além disso, é evidente que a vinculação aos referidos precedentes tornará os processos mais céleres, entronizando, assim, a duração razoável do processo e tornando-o mais efetivo.

Conclusão

⁹⁷ Precedentes no CPC-2015: por uma compreensão constitucionalmente adequada de seu uso no Brasil. DIDIER JR., Fredie. Novo CPC doutrina selecionada, v. 2: procedimento comum/ coordenador geral, Fredie Didier Jr. ; organizadores, Lucas Buril de Macêdo, Ravi Peixoto, Alexandre Freire. – Salvador: Juspodivm, 2016, p. 945.

O legislador, na busca pela defesa da moralidade no âmbito da Administração Pública, criou a Lei Geral de Improbidade Administrativa, cuja punição dirige-se ao administrador desonesto. Assim, para que reste configurado um ato de improbidade administrativa, não basta a constatação de uma mera ilegalidade no seio da Administração Pública. É necessário que o agente tenha se portado com dolo (nas condutas dos arts. 9º e 11) e ao menos culpa (na conduta do art. 10). Configurada a improbidade, o réu estará sujeito a penas de inegável gravidade.

Daí porque o legislador preocupou-se em importar da seara processual o regime da fase preliminar, por meio da qual o juiz irá analisar a viabilidade da pretensão nos moldes propostos pelo autor, cotejada com a resposta oferecida pelo réu. A fixação desta importante barreira processual não pode ser vista com timidez pelo Judiciário. Há que se impor ao autor a obrigação de delimitar, de forma robusta, a causa de pedir e a produção imediata da correspondente prova dos fatos narrados. Essa é a única leitura possível do § 6º do art. 17 da LGIA.

A nova hermenêutica que exsurge da feição do NCPC impõe ao juiz maximizar a oportunidade de defesa que a LGIA conferiu ao réu da ação de improbidade administrativa. Assim é que, demonstrada impossibilidade de êxito da demanda ou a existência de vício que comprometa a plena defesa do réu, deverá o juiz, em decisão fundamentada, rejeitar a petição inicial ou determinar a sua emenda. Trata-se de respeitar o procedimento que o legislador criou para dirimir conflitos na seara da improbidade administrativa. Trata-se de acolher a influência que os princípios consagrados pelo Novo Código de Processo Civil exercem sobre a fase preliminar da ação de improbidade administrativa. Trata-se de reconhecer que ninguém está acima da lei, e nem abaixo dela.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

- ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro*, volume I: parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*, volume III: parte especial: procedimento comum: (da demanda à coisa julgada). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *O procedimento Especial da Ação de Improbidade Administrativa (Medida Provisória 2.088)*. Improbidade administrativa – questões polêmicas e atuais. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.
- CERQUEIRA, Luis Otávio Sequeira de, et al. *Comentários à lei de improbidade administrativa*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- DIDIER JR., Fredie. *Novo código de processo civil: comparativo com o código de 1973*. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.
- DIDIER JR., Fredie. *Novo CPC doutrina selecionada*, v. 2: procedimento comum / coordenador geral, Fredie Didier Jr. ; organizadores, Lucas Buriel de Macêdo, Ravi Peixoto, Alexandre Freire. – Salvador: Juspodivm, 2016
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal*. 13 ed. reform. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, volume II. 4 ed. Malheiros Editores, 2004.
- DONIZETTI, Elpídio. *Novo código de processo civil comparado. CPC/73 para o NCPC e NCPC para o CPC/73: contém legenda nas modificações*. São Paulo: Atlas, 2015.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 6 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 3ª edição, revista e ampliada. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2006.

- GARCIA, Mônica Nicida. Responsabilidade do Agente Público. 2 ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: teoria do processo civil, volume I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados, volume III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Probidade Administrativa. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MEDINA, José Miguel Garcia. Novo código de Processo Civil Comentado [livro eletrônico]: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 17 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil. Lei 13.105/2015. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2015.
- OSÓRIO, Fabio Medina. Direito Administrativo sancionador. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 6 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 19ª edição, revista e atualizada. Malheiros Editores. 2001.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Cível – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I. 56 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- WALDO, Fazzio Júnior. Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim... [et al.], coordenadores. Breves comentários ao novo Código de Processo Civil. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.