

Opinião: O fim da defesa preliminar nas ações de improbidade



O título do escrito desta semana é propositalmente

ambíguo: incursionaremos não apenas na finalidade subjacente à defesa prévia, ou defesa preliminar, em sede de ação de improbidade administrativa, como também na proposta de sua extinção, levada a cabo pelo Projeto de Lei 10.887/2018, atualmente em curso perante a Câmara dos Deputados. Feita essa introdução, principiemos pelo estado atual de coisas, isto é, pelo regramento atual fornecido pela Lei 8.429/1992 (LIA).

O artigo 17 daquele diploma, com modificações introduzidas pela Medida Provisória 2.225-45/2001, inaugura seção reservada ao processo judicial que veicule ação de improbidade administrativa, conferindo especial atenção à petição inicial para, em seu parágrafo 6º, exigir que se faça ela acompanhar de “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”. Estando a inicial em termos, há a previsão, no parágrafo 7º, de notificação do requerido para oferta de manifestação escrita, apelada pela *práxis* de defesa prévia ou preliminar.

Ato contínuo, não sendo a hipótese de rejeição da petição inicial por “inexistência do ato de improbidade”, “improcedência da ação ou inadequação da via eleita”, deve o réu ser citado para apresentar contestação, na forma dos parágrafos 8º e 9º, respectivamente.

Até aqui, nada de novo, triviais que são aquelas normas; releva, todavia, que problematizemos os dispositivos, esgrimindo algumas das controvérsias que os cercaram ao longo dos últimos anos, como aquela concernente ao conteúdo de que deveria se revestir a tal defesa prévia ou preliminar.

Como é possível extrair dos artigos mencionados, a manifestação em questão é dita preliminar por anteceder decisão de recebimento da petição inicial, recebimento esse a que se contrapõem as hipóteses de rejeição nos casos de, repita-se, inexistência de ato de improbidade, improcedência manifesta ou inadequação da via eleita.

Em primeiro lugar, causa espécie a adoção da terminologia “rejeição”, pouco técnica^[1]; por outro lado, quicá a opção legislativa se justifique em razão do fato de as possibilidades vislumbradas pelo parágrafo 8º congregarem tanto sentenças definitivas, como é o caso, em nossa opinião, de inexistência de ato e de improcedência da demanda, como terminativa, na inadequação da via eleita que conduz à ausência de interesse.

Também curiosa, à primeira vista, a cisão da fala do requerido/réu entre defesa preliminar e eventual futura contestação. A que se destinaria aquela e em que medida se distinguiria dessa?

Muito embora sejam frequentes contestações que verdadeiramente repetem os termos da defesa preliminar, deve essa, em nossa opinião, construída com base em interpretação sistemática — e por mais óbvio que possa parecer —, enfocar virtual desatendimento às exigências do parágrafo 6º e demonstrar a incidência de ao menos uma das hipóteses versadas no parágrafo 8º, despindo-se, nesse desiderato, das preliminares do artigo 337 (excetuada a ausência de interesse processual por inadequação da via eleita) e das demais questões de mérito que demandem prova que não apenas documental, matérias essas que ficariam reservadas a contestação.

Mas dizer o que em nossa visão deve a defesa preliminar conter não explica o porquê de sua dissociação da contestação, de modo que convém aprofundarmos a questão sob outras perspectivas, perquirindo acerca da própria teleologia da tal defesa prévia, isto é, do escopo aparentemente pretendido pelo legislador e do tratamento prático que judicialmente se lhe deu — aparentemente subvertendo-lhe.

No ponto, Emerson Garcia e Rogério Pacheco aduzem que a finalidade da defesa prévia seria, na verdade, o de “evitar o nascimento de uma relação processual destituída de justa causa” (...) trata-se “muito mais de um mecanismo de resguardo da jurisdição, por assim dizer, do que propriamente de um momento de defesa, até porque — repita-se — recebida a inicial será o réu citado para o oferecimento de contestação, sendo esta a melhor oportunidade para a apresentação das teses defensivas e a juntada de documentos”^[2].

Parcela distinta da doutrina, contudo, conquanto anuisse com o propósito de se evitarem demandas infundadas, creditaram esse objetivo não a uma conveniência jurisdicional, mas a uma proteção ao jurisdicionado, pretendendo obstar “o recebimento de ações temerárias que pudessem gerar prejuízos incalculáveis, em especial para a honorabilidade da Administração e do agente público”^[3].

O Superior Tribunal de Justiça acabou por definir a questão — ao menos jurisprudencialmente — ao pacificar o entendimento de que a ausência de notificação para oferecimento de defesa preliminar resultaria em nulidade apenas relativa, exigindo a demonstração de prejuízo^[4], o que não deixou, em certa medida, de esvaziar a importância do ato processual.

Avançando, outro tema a orbitar as normas antes mencionadas e, por isso, a inspirar nossa atenção é sobre os critérios para rejeição ou recebimento da petição inicial de ação de improbidade.

Não escapou à doutrina a constatação de uma identidade entre o rito da ação de improbidade e as ações penais em geral, associando-se o sobredito parágrafo 8º do artigo 17 da LIA aos artigos 513 a 518 do Código de Processo Penal^[5]. Essa interpretação ganha ainda mais sentido quando se nota a adoção, pela LIA, dos vocábulos “requerido”, quando previamente ao recebimento da petição inicial, e “réu”, uma vez recebida aquela, em franca aproximação com as noções de “acusado”, antes do recebimento da denúncia, e réu, após, quando já instaurada a ação penal.

Na esteira daquele raciocínio, e revisitando a jurisprudência do STJ, é possível perceber que houve uma encampação do princípio *in dubio pro societate* pela ação de improbidade, do que deflui que, na presença de indícios mínimos de materialidade, haveria a demanda de ser recepcionada^[6]. Isso, na prática, parece ter banalizado o instituto da defesa preliminar, desprestigiado por um recebimento quase que automático das ações de improbidade em geral.

Ocorre que, a partir do mesmo entendimento de similitude entre ações penais e de improbidade, seria possível construir conclusão em sentido diametralmente oposto, na linha de que a “ratio que inspirou a Lei de Improbidade Administrativa a adotar um procedimento de defesa preliminar similar ao existente no processo criminal por atos de responsabilidade de funcionário público, aliada ao marcante caráter punitivo da ação de improbidade, obrigam que a decisão relativa ao seu recebimento seja orientada pelo princípio da presunção de inocência”^[7], militando, por conseguinte, em favor do requerido, não da sociedade.

Essa propensão em favor do demandado se justificaria, ademais, em razão de as ações de improbidade em geral serem “precedidas de apurações, seja pela pessoa jurídica lesada, seja pelo Ministério Público, via inquérito civil”^[8], o que sugere que a dúvida haveria de redundar mais em favor da rejeição que do diferimento da dilação probatória — possível já previamente — para o curso da cognição judicial.

Além disso, a adoção do “princípio” do *in dubio pro societate* já vem há algum tempo sendo posto em dúvida na seara criminal pelo Judiciário^[9] e pela doutrina, que denuncia a “absoluta ausência de previsão legal desse brocardo”, “a ausência de qualquer princípio ou regra orientadora que lhe confira suporte político-jurídico” de modo a ensejar a sua aplicação e a “existência expressa da presunção de inocência no ordenamento constitucional brasileiro, conferindo, por meio de seu aspecto probatório, todo o suporte político-jurídico *do in dubio pro reo* ao atribuir o ônus da prova à acusação, desonerando o réu dessa incumbência probatória”^[10].

Todos esses aspectos, abordados acima, que enredaram a aplicação dos parágrafos do artigo 17 da LIA parecem ter de alguma maneira repercutido no PL 10.887/2018, que propõe a eliminação da defesa preliminar, mas recrudescer os critérios para deferimento da petição inicial previamente à citação do réu:

Art. 17 (...)

§ 3º A petição inicial observará o seguinte:

I – o autor deverá individualizar a conduta dos réus, apontando os elementos probatórios mínimos que demonstrem a ocorrência das hipóteses dos arts. 9º a 11, desta lei, e de sua autoria, salvo impossibilidade devidamente fundamentada;

II – 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. 77 e 80 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015; (...)

§ 4º A petição inicial será rejeitada nos casos dos arts. 330 e 331 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 ou ainda quando manifestamente inexistente o ato de improbidade imputado.

§ 5º Estando em termos a petição inicial, os réus serão citados, para oferecer contestação em prazo comum a ser fixado pelo juiz, tomando em conta a complexidade da causa e a quantidade dos réus, entre 30 (trinta) e 60 (sessenta) dias úteis.

Essas propostas de mudança convergem com o ideal, já partilhado antes pelo Código de Processo Civil, de simplificação procedimental em prol de uma razoável duração do processo, em linha com metas recentes do Conselho Nacional de Justiça atinentes especificamente às ações de improbidade (18/2013 e 4/2017)[11]. Aliás, a supressão da defesa preliminar já havia até mesmo sido objeto de sugestão expressa daquele conselho em relatório que teve por escopo analisar os principais obstáculos à plena efetividade do combate à improbidade[12].

Lado outro, o autor passa a ser onerado não apenas com a indicação de indícios do ato de improbidade, mas também com o detalhamento discriminado das condutas e a pormenorização das autorias, exigências essas não constantes atualmente da LIA. O crivo judicial a esse respeito é ressaltado a partir da previsão de “rejeição” — a expressão se mantém — nas hipóteses do artigo 330 do CPC, que trata do indeferimento liminar, e de manifesta inexistência do ato de improbidade, caso esse que mais se aproxima, em nossa opinião, de uma improcedência liminar do pedido por sentença definitiva de mérito a produzir coisa julgada material.

O balanço das propostas, em nosso sentir e à luz das controvérsias antes encaradas, soa decididamente positivo. Sem embargo, e mercê da riqueza do tema, a ele poderemos regressar neste espaço, oportunamente, para considerações adicionais. A ver.

[1] DAL POZZO, Antonio Araldo Ferraz. *Reflexões sobre a “Defesa Antecipada” na Lei de Improbidade Administrativa*. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coords.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 100.

[2] GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 702-703.

[3] SPITZCOVSKI, Celso. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Método, 2009, p. 245. No mesmo sentido, ESPÍNDOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal anotado*. Vol. V. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943, p. 112.

[4] Por todos, EREsp 1008632/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/02/2015, DJe 09/03/2015.

[5] MACHADO, Fábio Cardoso; MOTTA, Otávio Luiz Verdi. *Indeferimento da inicial e rejeição liminar da ação de improbidade administrativa*. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos et. al. (coords.). *Improbidade administrativa: aspectos processuais da Lei nº 8.429/92*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 177.

[6] “O STJ tem firme posicionamento no sentido de que, existindo indícios de cometimento de atos enquadrados na Lei de Improbidade Administrativa, a petição inicial deve ser recebida, ainda que fundamentadamente, pois, na fase inicial prevista no art. 17, §§ 7º, 8º e 9º, da Lei n. 8.429/92, vale o princípio do in dubio pro societate, a fim de possibilitar o maior resguardo do interesse público. Precedentes. Incidência da Súmula n. 63 desta Corte Superior. 7. Embargos de declaração conhecidos como agravo regimental. Agravo regimental não provido.” EDcl no Ag 1297357/MS, Rel. Ministro

(coords.). *Improbidade administrativa: aspectos processuais da Lei nº 8.429/92*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 177.

[8] GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 701.

[9] O ministro Gilmar Mendes, em recente artigo neste mesmo sítio eletrônico, fez remissão a julgado emanado do STF: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-06/observatorio-constitucional-criterios-valoracao-racional-prova-standard-probatorio>. No STJ, conferir: HC 175.639-AC, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 20/3/2012.

[10] NOGUEIRA, Rafael Fecury. *Pronúncia: valoração da prova e limites à motivação*. Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo, 2012. p. 215.

[11] <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/por-que-nao-deve-ser-extinta-defesa-previa-nas-acoes-de-improbidade-23022018>

[12] <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/1ef013e1f4a64696eeb89f0fbf3c1597.pdf>

Date Created

03/05/2019