
A SUPRESSÃO DO CONTRADITÓRIO PRELIMINAR NA LEI DE IMPROBIDADE: UMA MEDIDA CONTRA A CORRUPÇÃO OU CONTRA A EFICIÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA?

***THE PROPOSED SUPPRESSION OF PRELIMINARY HEARINGS
IN SUITS FOR MISCONDUCT IN PUBLIC OFFICE: A MEASURE
AGAINST CORRUPTION OR A MEASURE AGAINST EFFECTIVE
CASE MANAGEMENT?***

Marco Antonio Perez de Oliveira
Mestre e Doutor em Direito Processual (USP)
Advogado da União (PRU/3ª Região)

SUMÁRIO: Introdução; 1 Em que consiste a proposta; 2 Ação de improbidade administrativa como processo complexo; 3 Gerenciamento da ação de improbidade: linhas gerais; 4 Julgamento sumário como instrumento de direção processual; 4.1 Um referencial estrangeiro: *case statement* e *summary judgment* no “Civil RICO”; 4.2 Fase preliminar na Lei de Improbidade; 4.3 A importância do contraditório específico; 5 Um ponto meritório: a redundância dos atos de comunicação; 6 Conclusão; Referências.

RESUMO: O artigo examina a proposta de supressão da fase preliminar das ações de improbidade administrativa proposta pelo PL 4.850/2016. Sustenta que, pretendendo restringir a defesa do réu, a iniciativa elimina um importante instrumento de direção processual.

PALAVRAS-CHAVE: Ação de Improbidade Administrativa . Proposta Legislativa. Defesa Preliminar. Gerenciamento do Processo. Citação.

ABSTRACT: The article examines the proposed suppression of preliminary hearings in suits for misconduct in public office, currently discussed in Statute Proposition nº 4.850/2016. It argues that, intending to curtail the defendant's means of defense, the initiative eliminates an important tool of case management.

KEYWORDS: Misconduct in Public Office Suits. Statute Proposition. Preliminar Hearings. Case Management. Summons.

INTRODUÇÃO

Encontra-se atualmente em debate na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 4.850/2016, apresentado pelo Deputado Federal Antonio Carlos Mendes Thame, e que tem por propósito declarado estabelecer “medidas contra a corrupção e demais crimes contra o patrimônio público” e combater o “enriquecimento ilícito de agentes públicos”. O projeto aportou ao Congresso após uma extensa campanha publicitária em meios de comunicação social patrocinada pelo Ministério Público Federal (“10 medidas contra a corrupção”), que recolheu assinaturas de apoio junto à sociedade civil sob esse mesmo mote reducionista, conferindo ao projeto um caráter plebiscitário que foi prontamente confirmado pelas críticas que a imprensa dirigiu ao mero fato de parlamentares da comissão especial na Câmara terem questionado alguns de seus muitos dispositivos¹ (o projeto tem 67 artigos e reformula diversos textos legais atualmente em vigor).

Esse fato desperta alguma preocupação, tendo em vista que a proposta envolve a interpretação mais flexível de garantias constitucionais, confere alguns poderes de discutível constitucionalidade a agentes estatais (como na pretendida disciplina do acordo de leniência em ação de improbidade) e em alguns pontos, como o singelo tema que nos propusemos a examinar neste espaço, sustenta soluções técnicas que simplesmente podem não ser as melhores. Em uma democracia representativa como a nossa, o Congresso Nacional é a instituição legitimada para o desenvolvimento de debates aprofundados sobre os temas de interesse da sociedade, e estaria declinando de suas responsabilidades constitucionais se se limitasse a cancelar as proposições legislativas de quem quer que seja. Estas breves linhas pretendem, nesse sentido, apresentar uma visão divergente e subsidiar a discussão em torno de um tema aparentemente menor na proposta: a fase de defesa prévia na ação de improbidade administrativa.

1 EM QUE CONSISTE A PROPOSTA

Muito embora entendamos que a análise preliminar da viabilidade da ação de improbidade interesse mais à administração da justiça do que à defesa do réu, consistindo em um importante instrumento de direção processual, a ênfase que a exposição de motivos deposita sobre o intento

¹ O jornal O Estado de São Paulo, por exemplo, publicou em 16.08.2016 a matéria “Comissão estuda afrouxar propostas anticorrupção”, adiantando já no título juízo de valor contrário à mera deliberação sobre o mérito das propostas pelos representantes eleitos da população brasileira. Na mesma data, referindo-se à rumorosa operação policial que investiga crimes de corrupção e lavagem de dinheiro praticados nos governos do Partido dos Trabalhadores, publicou o periódico que “Lava Jato está ‘atenta’ a movimentos no Congresso sobre 10 Medidas”, ecoando membro do Ministério Público Federal para quem “a expectativa é a aprovação do projeto anti-corrupção ‘de forma conjunta, sem muito espaço para desconfigurações”.

de “combater a impunidade” sugere que a intenção da proposta consiste em deslocar o atual ponto de equilíbrio entre a acusação e a defesa em benefício da primeira.

Ainda assim, deve se observar que o projeto elimina abertamente a possibilidade de um julgamento sumário da ação de improbidade como o que atualmente é previsto pelo art. 17, §§ 7º e 8º, da Lei nº 8.429/92. Isso se explica, provavelmente, por existir um razoável consenso na sociedade em torno de que a combinação entre o peso de uma ação de improbidade administrativa sobre a imagem dos réus e a profusão de demandas menos fundadas neste campo da prática processual civil tornam altamente conveniente que o mérito da demanda possa ser examinado nos estágios iniciais do processo, de modo que a admissibilidade de seu prosseguimento não fique limitada apenas ao exame de seus requisitos formais.

A estratégia empregada foi assim oblíqua: o que o texto pretende suprimir é a fase preliminar dedicada ao estabelecimento de um contraditório mais restrito e circunscrito exclusivamente sobre a questão da *justa causa* para a propositura e para o prosseguimento da ação de improbidade. Segundo o desenho do PL 4.850, portanto, o procedimento da ação de improbidade administrativa adquiriria os seguintes contornos: proposta e distribuída a demanda, o juiz despacharia a inicial e determinaria a citação do réu para apresentar a contestação, no prazo de 15 dias (a ser contado em dias úteis, *ex vi* do art. 219 do Código de Processo Civil). Essa peça de resposta deverá abranger toda a matéria de defesa, de maneira concentrada em uma única manifestação, que deve compreender em seu bojo tanto a impugnação à admissibilidade do processo como as demais matérias de defesa direta e indireta. Transcorrido o prazo, apresentada ou não defesa, o juiz deve decidir sobre a admissibilidade da ação de improbidade, tal como ocorre atualmente. E a partir de então o processo seguiria de acordo com o procedimento comum.

Sob essa perspectiva, o projeto consiste basicamente em tornar mais comprimido o procedimento da ação de improbidade administrativa. Sem eliminar a possibilidade de um julgamento sumário do pedido com base no mérito da causa, ele elimina a fase do contraditório voltada a essa finalidade específica, impondo uma diretriz de concentração da defesa e preclusões rígidas que é habitualmente considerada como adequada a processos de menor complexidade. As justificativas constantes da exposição de motivos sustentam que a fase de defesa prévia é dispensável, vez que o teor da defesa preliminar e da contestação tende a ser idêntico, e que o procedimento da improbidade é injustamente retardado pela exigência de dois atos de comunicação processual redundantes: a notificação para apresentação de defesa prévia e a citação para contestar. Como veremos

ao longo do texto, a primeira afirmativa não é exata, e a segunda consiste em um desvio na aplicação da lei vigente, que poderia ser contornado por uma intervenção menos profunda.

É de observar, fazendo aqui uma digressão, que não foram feitas adaptações visando a conciliar o procedimento com o procedimento comum do recente Código de Processo de 2015. Teria sido interessante afastar expressamente as dúvidas quanto ao cabimento da audiência de conciliação obrigatória do art. 334, incompatível tanto com o rito específico como com a natureza do direito material subjacente, bem como remeter o saneamento por regra ao sistema do art. 357, §3º (“saneamento compartilhado” em audiência). Retornemos ao tema, contudo.

2 AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA COMO PROCESSO COMPLEXO

Para que se possa discutir a conveniência – ou a inconveniência – de se estabelecer uma fase preliminar nas ações cíveis de responsabilização por improbidade administrativa, o primeiro passo que devemos dar é compreender o que existe de peculiar nesses processos, para que até hoje se lhe tenha dispensado uma atenção diferenciada. Apenas então é que poderemos refletir sobre a experiência acumulada com as opções legislativas vigentes, de modo a que possamos nos posicionar sobre o seu acerto ou desacerto, e neste último caso sobre a conveniência das alterações propostas.

Nesse sentido, as ações de improbidade administrativa apresentam-se na realidade forense como típicas hipóteses de processos complexos, assim entendidos como aqueles portadores de características que não se enquadram nas estruturas formais e materiais do contencioso rotineiro, em grau suficiente para comprometer a capacidade do sistema processual em proporcionar às partes uma resposta jurisdicional rápida, segura e econômica².

2 A relação de inadequação entre as estruturas do processo e o caso em concreto nos parecem ser o elemento-chave para a formulação de uma definição funcional da complexidade processual, a partir da qual se estabeleçam medidas capazes de contornar as dificuldades associadas ao fenômeno. Para VICTOR FAIRÉN GUILLÉN, por exemplo, um processo é complexo “[...] quando aparece ou se desenvolve em circunstâncias atípicas da ou para a comunidade humana a qual está destinado a servir. Circunstâncias naturais ou provocadas de tal amplitude que produzem situações gerais graves e inclusive inesperadas, para as quais não servem os mecanismos e nem as técnicas dos processos ordinários”. (*Ensayo sobre procesos complejos: la complejidad en los litigios*. Madrid: Tecnos, 1991. p. 20). Já JAY TIDMARSH e ROGER TRANGSRUD sustentam que “causas complexas são aquelas nas quais as regras, teorias ou circunstâncias tornam impossível que o sujeito processual se desincumba de uma tarefa que nosso processo lhe atribuiu de maneira que assegure a resolução racional da disputa” (*Complex litigation: problems in advanced civil procedure*. New York: Foundation Press, 2002. p. 289).

Que características seriam estas? A primeira delas – e talvez a mais importante – é o fato de que em muitas vezes esses serão processos cuja decisão dependerá de uma prova difícil. Normalmente, ações de improbidade lidam com narrativas extensas de fatos, cuja contextualização exige também a demonstração da prática corrente administrativa, que exigem esforços probatórios significativos por parte dos sujeitos parciais do processo. Quando o processo tem por fundamento práticas corruptas ou fraudulentas, a situação se agrava, porque o processo dependerá preponderantemente de provas indiretas, cuja pertinência e força probante devem ser examinadas à luz da peculiaridade do contexto administrativo. Em suma, esses processos exigirão um intenso debate instrutório.

A segunda característica reside na interferência dos impactos sociais e políticos da decisão, tendo em vista que a ação de improbidade repercute de maneira significativa sobre a pessoa dos réus e sobre a própria função desempenhada pelos agentes públicos que a ela respondem: a admissão da demanda muitas vezes acarreta o afastamento do réu das atividades específicas a ele entregues³, e podem representar a solução de continuidade para as ações e programas de governo sob seus cuidados. Assim, tanto sob o aspecto do patrimônio moral do acusado, como também dos aspectos de interesse público que envolvem a esfera de atribuições que cercam o cargo público, a pendência de lides injustificadas se mostra danosa pela mera existência do processo. Pode-se falar na presença de um “dano marginal” que não decorre propriamente da passagem do tempo, mas da litispendência em si mesma como um fator de desestabilização para as relações sociais tocadas pelo processo.

De seu turno, essas mesmas características permitem antever, na grande maioria das ações de improbidade administrativa, processos que enfrentarão uma instrução trabalhosa e dispendiosa, e que por essa razão terão uma duração mais prolongada que a dos processos rotineiros. Isso não é uma anomalia, mas uma *característica inerente a essa classe de processos* e ao tipo de relação jurídica a eles subjacente. Isto não quer dizer que eles não mereçam atenção especial: os processos complexos, de maneira mais geral, tendem à paralisia e se constituem em um fator importante de ineficiência para a justiça civil quando não recebem um tratamento adequado. Por essa razão, o estudo da complexidade no processo é indissolvelmente ligado ao conceito de gerenciamento do caso (*case management*)⁴, ou seja, das medidas

3 Não nos referimos propriamente à medida cautelar de afastamento do réu da função pública (art. 20, parágrafo único, da Lei nº 8.429/92), mas à simples perda de condições políticas para o exercício do cargo.

4 Segundo JAY TIDMARSH e ROGER TRANSGSRUD, em casos complexos “a racionalidade da prestação jurisdicional pode ser obtida com uma aplicação curativa de maiores poderes de direção judicial que é consistente com a teoria adversarial, e o resultado da aplicação desses poderes é o uso de procedimentos ou regras diferentes e potencialmente determinantes da solução do processo entre casos similares” (op. cit., p. 289).

de direção formal e material do processo concebidas para contornar ou atenuar as dificuldades impostas pela incongruência entre as características do processo e o procedimento-padrão aplicável ao contencioso rotineiro.

3 GERENCIAMENTO DA AÇÃO DE IMPROBIDADE: LINHAS GERAIS

O conceito de gerenciamento de caso começou a ser desenvolvido na prática norte-americana, em meados da década de 50 do século passado, quando o governo passou a se utilizar da legislação antitruste para aplicar sanções administrativas e civis a empresas envolvidas, sobretudo, com a prática de cartéis. Eram processos que exigiam quantidades avassaladoras de documentos, pareceres técnicos e oitivas, e que representaram um sério embaraço para a justiça civil. Para lidar com o problema de tais contenciosos prolongados (*protracted litigation*), foi sendo aperfeiçoada ao longo do tempo uma prática centrada sobre os seguintes pontos: (i) o envolvimento precoce do juiz com o caso; (ii) identificação dos pontos de dificuldade de processamento atuais ou latentes; (iii) a adoção de medidas de direção processual adequadas para atenuar o problema; e (iv) supervisão constante dos resultados alcançados.

Substancialmente, o gerenciamento consiste na *condução planejada do processo*. Ele pressupõe um juiz ativo e envolvido precocemente com a direção do processo, com a finalidade de enquadrar o caso ao procedimento mais adequado, planejar e controlar o seu desenvolvimento, e implementar as variações necessárias segundo a flexibilidade que a lei lhe permitir⁵. Em casos complexos, essa atividade pressuporá a identificação dos pontos de mau funcionamento das regras processuais, o implemento de medidas corretivas e a supervisão constante do desenvolvimento do processo⁶.

As principais medidas de gerenciamento processual nas ações de improbidade estão ligadas ao estreitamento do campo de conhecimento da fase postulatória e à organização da produção da prova na fase de saneamento e instrução. O estreitamento do objeto de cognição tem por objetivo a identificação dos pontos centrais do litígio, de modo que a instrução não se disperse por pontos laterais da narrativa contida na inicial, tornando assim mais racional a atividade probatória. Essa avaliação inicial dos termos da demanda, nada obstante, compreende também a própria aferição da efetiva necessidade de que o processo se alongue por uma fase instrutória, quando for possível desde logo se formar o convencimento de que o autor não tem condições de obter uma sentença de procedência.

5 SILVA, Paulo Eduardo Alves. *Gerenciamento de processos judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 112-113.

6 McGOVERN, Francis. Toward a functional approach for managing complex litigation. *The University of Chicago Law Review*. v. 53, n. 2, p. 456, Spring 1986.

4 JULGAMENTO SUMÁRIO COMO INSTRUMENTO DE DIREÇÃO PROCESSUAL

Trata-se da assim chamada “função abreviadora” da fase de saneamento, que tem por propósito permitir a decisão precoce da causa – seja para extinguir o processo sem exame demérito, seja para reconhecer a procedência ou improcedência do pedido – sempre que as fases subsequentes do procedimento não se mostrarem úteis. Com isso, são conferidos ao juiz poderes de direção formal que lhe permitem manipular o procedimento, suprimindo as fases dispensáveis e passando de pronto à resolução da demanda.

O artigo 332 do Código de Processo Civil de 2015 passou a prever a possibilidade do julgamento sumário de mérito em duas situações: a contrariedade da demanda a precedentes ou entendimentos jurisprudenciais e a constatação *prima facie* das prejudiciais de prescrição ou decadência. No que diz respeito a essas duas preliminares de mérito, o nosso direito tradicionalmente a admite, e a nova lei simplesmente reproduz disposição que já encontrava previsão no art. 329 do Código de 1973. Quando se tratar de contrariedade a precedente jurisprudencial, que é a inovação trazida pelo diploma processual em vigor, o julgamento sumário somente terá lugar em causas que “dispensem a fase instrutória” (art. 332, *caput*).

A importância dessa função abreviadora na direção do processo está intimamente ligada à concretização do princípio da eficiência na administração da justiça civil. Fundamentalmente, o que se busca é que a cada processo sejam destinados recursos proporcionais à importância da causa, tendo em vista não apenas o caso em perspectiva isolada, mas também o conjunto dos usuários do sistema de justiça. Ao exigirmos que uma ação de improbidade que se pode identificar desde cedo como fadada ao insucesso perpassa toda a fase instrutória, estaremos retirando recursos de outras ações de improbidade mais bem estruturadas.

4.1 Um referencial estrangeiro: case statement e summary judgment no “Civil RICO”

É curioso notar que embora nosso direito processual siga a tradição do direito continental europeu (i.e., dos assim chamados sistemas de “*civil law*”), em tema de processos que disponham sobre relações de direito administrativo o referencial mais próximo que encontraremos para a comparação jurídica muitas vezes será o dos Estados Unidos, um sistema integrado à tradição de *common law*, embora de características bastante

particulares. Existe uma razão muito boa para isso: influenciado pela filosofia constitucionalista norte-americana, nosso sistema de repartição de funções estatais é um dos raros exemplos em que ao Poder Judiciário foram reconhecidos poderes para julgar causas de interesse da administração pública, em um sistema de jurisdição uma que se opõe aos sistemas de jurisdição dual típicas do *civil law*, caracterizados pela presença de um contencioso administrativo autônomo.

De uma maneira geral, esse traço tornou a jurisdição desses países muito mais permeável à discussão de temas de interesse público e não apenas a relações de direito privado. Um exemplo que evidencia o paralelismo desses desenvolvimentos é o do confronto entre a tutela civil por fraudes no setor público e privado pelo RICO (*Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act*, i.e., a Lei de Organizações Influenciadas e Corrompidas por Fraude), e a nossa Lei de Improbidade Administrativa, que apesar da diferente abrangência, se aproximam tanto no que diz respeito ao escopo punitivo como em relação às dificuldades procedimentais.

Consideradas como exemplos típicos de casos complexos, as ações cíveis baseadas no RICO são gerenciadas pelos juízes de cada caso concreto segundo uma diretriz de maior detalhamento nos atos introdutivos do processo, em um tratamento conflitante com a diretriz de demanda aberta do sistema de “*notice pleading*” previsto pela Regra 8 das Federal Rules of Civil Procedure de 1966. Em contraste com o quadro legal, tornou-se prática corrente que as cortes distritais solicitem do autor uma declaração do caso muito detalhada, em forma de questionário, a partir da qual se permite o indeferimento liminar (*dismissal*) ou mesmo um julgamento sumário de improcedência sujeito à formação de coisa julgada (*summary judgment*). Segundo o *Manual for complex litigation* editado pelo Centro Judiciário Federal, em seu § 35.9, “o impacto das alegações fundadas no RICO sobre a reputação do réu torna importante que se certifique que a demanda tem lastro sólido [...] o objetivo é assegurar que as demandas fundadas em fraude tragam mais do que alegações genéricas e vagas de má conduta, e autores que falhem em demonstrar os atos típicos com as especificidades exigidas pela Regra 9 (b) assumem o risco do indeferimento liminar de suas ações do RICO”.

A comparação indica que processos relacionados a fraude e corrupção constituem típicos casos de procedimentos complexos, cujo trâmite adequado é dependente de um gerenciamento atento às dificuldades por eles ensejadas. E mostra também que é da maior conveniência que exista uma fase específica do processo que se concentre em uma análise perfunctória sobre a verossimilhança da postulação, destinada a funcionar como uma espécie de “filtro” capaz de separar as ações bem fundadas daquelas que não merecem prosseguir.

4.2 Fase preliminar na Lei de Improbidade

Atualmente, como já se adiantou, a Lei de Improbidade prevê uma fase de contraditório prévio dedicada a discutir se a petição inicial contém “indícios suficientes da existência da ação de improbidade” (art. 17, §6º), sobre os quais deverá o juiz se manifestar em uma decisão de recebimento da demanda (§§ 7º e 8º). A maior parte dos comentários doutrinários enxergam nesse expediente uma medida voltada à tutela da honorabilidade do réu, de maneira que as ações de improbidade somente possam ter seguimento se a demanda for fundada em elementos robustos de convicção, produzidos já no momento da propositura⁷. Mas não há consenso sobre isso, pois também se aponta que essa fase pode ser prejudicial ao réu por prolongar a duração do processo, e por submetê-lo a uma espécie de declaração de culpa antecipada no caso de recebimento⁸.

De outro lado, parte da doutrina sustenta que a fase preliminar da ação de improbidade administrativa visa a preservar não apenas o agente público, mas o próprio Poder Judiciário, “órgão da soberania estatal que deve ser preservado de ‘aventuras processuais’”⁹. De fato, essa observação parece muito correta, pois a já mencionada complexidade natural da ação de improbidade é um fator que gera severas dificuldades de processamento, em prejuízo não apenas das partes mas dos demais usuários do sistema de justiça, que somente serão justificáveis na medida em que se faça presente uma justa causa aferível de plano.

Um ponto que deve ficar bem claro é que a probabilidade de ações de improbidade administrativa infundadas não se deve a uma cultura de má-fé na propositura dessas demandas, o que somente pode se afirmar existir em poucos casos pontuais. Na realidade, essa circunstância pode ser explicada pela própria estrutura da lei de improbidade. Quando se examina os tipos elencados pelos artigos 9º, 10º e 11º da Lei nº 8.429/92, se constata que as transgressões são descritas de maneira bastante aberta. Por exemplo, se for interpretada de maneira isolada, uma conduta como “violar os princípios da administração” pode abranger qualquer irregularidade imaginável na administração pública. Essa linguagem fluída, maleável, permite que a lei de improbidade seja invocada em uma ampla gama de casos.

7 MACHADO, Fábio Cardoso; MOTTA, Otávio Luiz Verdi. Indeferimento da inicial e rejeição liminar da ação de improbidade administrativa. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Eduardo José da Fonseca; COSTA, Guilherme Recena (orgs.). *Improbidade administrativa: aspectos processuais da Lei n 8.429/92*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 177.

8 NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende de. *Manual de Improbidade administrativa: direito material e processual*, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 203.

9 ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. *Improbidade administrativa*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen iuris, 2011. p. 859.

É natural assim que os intérpretes parciais da lei tenham sua leitura da lei de improbidade influenciada pelo respectivo viés de atuação: advogados tendem a fazer uma leitura mais flexível, promotores e advogados públicos uma leitura mais rigorosa.

Uma interpretação sistemática da referida legislação, que ligue a configuração da tipicidade às penas estabelecidas pelo artigo 12 segundo critérios de proporcionalidade, irá apontar para a necessidade de que ao simples enquadramento formal na tipologia de ilícitos seja agregada uma avaliação da lesividade concreta de cada conduta. Nesse sentido é que a doutrina afirma que a configuração dos atos de improbidade deve ser integrada pela aferição da tipicidade material da conduta¹⁰, à vista tanto da lesividade em concreto¹¹ como do contexto vigente da cultura administrativa¹².

Não há dúvidas, assim, de que a fase preliminar da ação civil de improbidade administrativa é, e ela deve realmente sê-lo, voltada à avaliação da presença de *justa causa* para que essa modalidade de procedimento, cujos inerentes custos e complexidade não podem ser ignorados em qualquer iniciativa legislativa séria voltada ao tema, possa ser levada adiante sem que o Estado e as partes tenham despendido tempo e recursos valiosos ao longo de todas as fases que compõem o arco do procedimento comum.

10 “Uma vez tipificado formalmente, o ato de improbidade necessita possuir, no caso concreto, conteúdo material de improbidade, ou seja, ofensividade (se o bem jurídico tutelado pela norma protetiva foi violado ou exposto a um perigo efetivo), significância da lesão, desconformidade social da conduta (é necessário que o autor do fato desatenda às expectativas sociais e deixe de desempenhar o papel desejado e esperado pela coletividade), alteridade ou transcendentalidade do comportamento, proporcionalidade entre fato e resposta punitiva estatal e assim por diante”. (CAPEZ, Fernando. *Limites constitucionais à lei de improbidade*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 318).

11 “Constata a dissonância, passou-se a uma operação mecânica de subsunção da conduta à tipologia legal, sendo que esta etapa deverá ser complementada com a utilização do princípio da proporcionalidade, que permitirá que coexistam, lado a lado, a ‘improbidade formal’ e a ‘improbidade material’. [...] este quinto momento do iter de identificação da improbidade afastará a aplicação desarrazoada da Lei nº 8.429/1992, não permitindo o enfraquecimento da sua credibilidade. [...] tratando-se de dano ou enriquecimento ínfimo ou de nenhum valor monetário, ou mesmo de ato que, apesar de violador dos princípios regentes da atividade estatal, tenha atingido o interesse público em sua plenitude, sem qualquer lesão a direitos individuais, não se terá uma relação de proporcionalidade entre a conduta do agente e as consequências que advirão da lei nº 8.429/92, o que deve importar no seu afastamento”. (GARCIA; ALVES, op. cit., p. 350-351).

12 “As normas culturais que compõem o quadro político-administrativo integram o substrato axiológico protegido pela LGIA e suas normas tipificadoras de improbidade administrativa. Não se trata apenas de avaliar os direitos fundamentais atacados pelo ato ímprobo, mas de relacionar tal ato ao contexto cultural do setor público onde inserido. Essa percepção em torno da importância e funcionalidade das normas da cultura político-administrativa, no aperfeiçoamento do suporte para incidência da LGIA, é tarefa sutil que diz respeito ao próprio processo hermenêutico de adequação típica, envolvendo juízos valorativos imprescindíveis à implementação das normas sancionadoras”. (OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 312).

Trata-se assim de uma avaliação precoce do mérito¹³ (suscetível, assim, se ser coberta pela coisa julgada)¹⁴, necessária à vista da amplitude semântica permitida pelas hipóteses normativas.

4.3 Importância do contraditório específico

Na medida em que o contraditório nessa fase preliminar se concentre sobre o tema específico da justa causa, da probabilidade do direito a partir dos argumentos jurídicos e elementos de prova produzidos no início do procedimento, abre-se a possibilidade de que essa avaliação seja feita de maneira acurada e consoante aos objetivos gerais de administração da justiça civil. As demandas de fundamentos menos sólidos poderão ser prontamente afastadas, evitando o desperdício de recursos valiosos em um processo fadado ao insucesso, bem como o efeito de congestão que os processos complexos mal administrados acarretam sobre o restante do sistema judiciário. Ao mesmo tempo, o tempo do juiz e dos advogados deverá ser dedicado de maneira mais aprofundada àqueles processos acerca dos quais se angariaram elementos robustos de convicção, capazes também de proporcionar uma instrução mais focada sobre fatos bem definidos desde o início do procedimento. O que se visa a obter com essa sistemática, em última instância, é uma atuação mais eficiente do Poder Judiciário, um investimento de recursos materiais e humanos escassos que seja proporcional à importância de cada processo.

Não se desconhece que, na prática judiciária, muitas vezes a defesa já é apresentada em sua íntegra na fase inicial do processo, e que a posterior contestação se revela realmente uma simples reiteração do que já fora dito na fase preambular. A justificativa do projeto não está errada em apontar essa circunstância. O que se há de contrapor a esse argumento é que o advogado que assim atua comete um erro estratégico e desperdiça

13 “Após a manifestação do réu, o magistrado, no prazo impróprio de 30 dias, proferirá juízo não só de admissibilidade da petição inicial, mas também uma espécie de julgamento *premature* da lide [...] o juízo de admissibilidade amplíssimo e *substancial* da petição inicial *em contraditório*, destarte, estrema a ação de improbidade administrativa de qualquer outra ação que segue o rito comum, assemelhando-se ao que o Código de Processo Penal reserva, por exemplo, para os processos dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos” (O procedimento especial da ação de improbidade. In: _____; PORTO FILHO, Pedro Paulo (orgs.), *Improbidade administrativa*: questões polêmicas e atuais. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 174-175).

14 “Enfim, a análise dos elementos existentes nos autos quando da propositura da demanda pode conduzir a duas formas de rejeição da exordial: a) *primus*, mediante juízo de insuficiência do acervo quanto aos “indícios de existência do ato de improbidade”, juízo este que, baseado em cognição sumária, não obstará a propositura de nova demanda; b) *secundus*, mediante juízo de improcedência da demanda e/ou acerca da inexistência do ato de improbidade, fundado em cognição exauriente, posterior ao contraditório prévio 24 e capaz de ensejar coisa julgada material” (SILVA, Bruno Barros. Os elementos indispensáveis à propositura da ação civil pública por improbidade administrativa (art. 17, §6º, da Lei nº 8.472/92). *Revista de Processo*, n. 202, dez. 2011. p.24).

uma oportunidade valiosa para obter o encerramento precoce de um processo cuja pendência representa um grande desgaste para seu cliente, tanto no plano pessoal como no político. Uma manifestação concentrada sobre a questão específica da justa causa é essencial para a efetividade do instrumento, e a opção de sobrecarregar o juiz com um grande número de informações que dispersem sua atenção provavelmente levará a que, na dúvida, se decida pelo prosseguimento da demanda, por pouco sólidos que sejam os elementos apresentados pelo autor. Essa é, no entanto, uma situação de desvio, que não deve pautar a formulação da legislação processual. Se um instrumento procedimental de capacidades importantes é pouco conhecido e utilizado de maneira incorreta, esse problema deve ser enfrentado por meio da difusão de um maior conhecimento sobre o assunto, a cargo da comunidade acadêmica e das corporações profissionais como as escolas da magistratura, da advocacia pública e ordem dos advogados.

No fundo, a análise do mérito de uma proposta como a examinada se prende à avaliação de quais são os motivos que levam o legislador, nesse e em outros casos, a estabelecer fases procedimentais em que a cognição judicial seja limitada no plano horizontal a apreciação de apenas uma ou poucas questões dentre aquelas que sejam relevantes para o julgamento de procedência ou improcedência de uma determinada classe de pretensões¹⁵. A nosso juízo, essa motivação está ligada a duas ordens de razões: a primeira reside na importância central da questão para a definição da disputa, e a segunda na aptidão que o estreitamento do campo de cognição apresenta para elevar a qualidade final do provimento jurisdicional.

Sob o primeiro aspecto, a modulação das fases do processo de maneira a concentrar a discussão sobre uma questão que tem a aptidão de definir desde logo o litígio consiste em técnica de *aceleração procedimental* que visa a permitir o encerramento abreviado do processo quando houver questões logicamente antecedentes, que sendo decididas em determinada maneira, condicionarão o resultado do processo independentemente do que se possa decidir sobre os pontos ou questões pertinentes à demanda, que se tornarão assim irrelevantes. É o que se verifica, v.g., nas ações de prestação de contas, em que a questão atinente ao dever de prestar contas é definida em fase específica que antecede a apuração dos créditos ou débitos,

15 KAZUO WATANABE ensina que “ao estabelecer as limitações, o legislador leva em conta a natureza do direito ou da pretensão material, a sua disciplina no plano substancial (às vezes contida em dispositivos legais localizados em estatuto processual), ou opta pela proibição da controvérsia sobre alguma questão no processo, com o objetivo de simplificá-lo e torna-lo mais célere, mas com ressalva do direito de questioná-lo em ação autônoma” (*A cognição no processo civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 124). Cabe observar que o autor tem em mente limitações ao objeto de conhecimento em determinados procedimentos especiais que se caracterizam por essas restrições, e não trata da limitação interna à cognição em fases segregadas de um procedimento que, considerado em toda a sua extensão, é entretanto plênário.

ou de modo geral na sentença ilíquida, em que se analisa de forma prévia se há dever de reparar o dano, para que somente nesse caso se invistam tempo e recursos em sua quantificação. Essas questões são assim pontos prejudiciais sob o aspecto lógico, cuja solução tem a aptidão de determinar desde logo a extinção de processos nos quais a cognição plena consistiria em um desperdício de energias para o juízo e para as partes.

Por outro lado, em processos tipicamente complexos em razão da sobrecarga de informações ventiladas na instrução do julgado, a qualidade da resposta jurisdicional tende a declinar de maneira diretamente proporcional à ultrapassagem de um ponto de equilíbrio em que o volume de dados que compõem o objeto de conhecimento se converte de adequado para a justa solução da causa em excessivo. A atenção das partes e do julgador se torna por esse motivo dispersa, por vezes se concentrando em pontos laterais e por outras ignorando aspectos centrais do conflito, em prejuízo da celeridade do processamento e da qualidade da decisão final. A modulação do procedimento nesses casos é medida de *ordenação procedimental* tem por objetivo estreitar o campo de conhecimento dos sujeitos processuais em fases específicas do processo, adequando-a a volumes mais facilmente assimiláveis, com o propósito de favorecer a compreensão da controvérsia e incrementar a conformidade do pronunciamento jurisdicional ao regramento material.

Esses dois aspectos se fazem presentes na ação de improbidade administrativa, e tornam conveniente o isolamento de uma fase processual para que nela seja exercida uma cognição restrita ao tema da *justa causa* para o processo. Por um lado, a aferição da justa causa é uma matéria preliminar, que tem a aptidão de encerrar precocemente o procedimento naquelas ações propostas de forma e equivocada ou até mesmo leviana, assegurando a economia de tempo e de recursos para o Judiciário e para as partes.

Por outro, a limitação no objeto de conhecimento na fase preliminar permite que a atenção das partes e do juiz seja momentaneamente direcionada a essa única questão, evitando que a sua atenção seja sobrecarregada com os grandes volumes de informação típicos do procedimento de tutela da probidade, o que permite que a decisão sobre a admissibilidade da demanda seja alcançada de maneira mais rápida e ajustada. A vingar a proposta legislativa, a análise preliminar na maioria dos casos seria obstada pela complexidade derivada da apresentação da defesa integral, e na prática se criará a propensão de que esse juízo prévio de admissibilidade seja sacrificado, de modo a que o conjunto dos fatos só venha a ser analisado uma única vez, após o fim da instrução, já no momento da sentença de mérito.

5 UM PONTO MERITÓRIO: A REDUNDÂNCIA DOS ATOS DE COMUNICAÇÃO

O ponto em que o projeto exerce uma crítica fundada ao sistema atual é aquele que afirma a desnecessidade da duplicação de esforços de comunicação processual ao réu, por meio de uma notificação inicial e uma posterior citação cercada das mesmas formalidades em caso de recebimento da demanda. Haveria assim uma reiteração de atos de comunicação de conteúdo idêntico, que retardaria desnecessariamente o fluxo procedimental.

Cabe observar que esse vício pode se dever muito mais a uma incompreensão do sistema vigente do que a uma deficiência real da legislação. Como bem nota a doutrina, já de longa data, o primeiro ato de comunicação processual previsto pelo procedimento da ação de improbidade administrativa já se constitui, materialmente, na citação. Isto porque ele reúne em si os dois atributos característicos dessa formalidade essencial para a formação da relação jurídica processual em relação ao réu: a comunicação da demanda e suas especificações, e a convocação para comparecer em juízo e apresentar sua defesa¹⁶. Nesse sentido, a partir das alterações introduzidas pela MP 2.225-45/01, a “notificação” para apresentação de defesa prévia de que trata o §7º deveria ser compreendida como o ato de citação, ao passo em que a “citação” para apresentar contestação de que fala o §9º deveria ser tratada como simples intimação, feita na pessoa dos advogados constituídos, para apresentar a peça de defesa¹⁷.

16 “[...] nos casos em que o réu apresente ‘defesa prévia’, já estará ciente da propositura da demanda e estará necessariamente acompanhado de advogado. As finalidades perseguidas com o ato citatório (*a in ius vocatio* – isto é, a convocação do demandado para participar do juízo, a permitir que o processo possa desenvolver-se em contraditório – e a *editio actionis* – ou seja, a comunicação da proposição e dos termos em que veio vazada a demanda), já terão sido atingidas. Angularizada que seja a relação jurídica processual por meio daquela notificação, o comparecimento do réu torna desnecessária sua ulterior citação (aplicando-se, o caso, o art. 214, §1º, CPC) requisito que somente se prestaria a possibilitar chicanas processuais” (COSTA, Guilherme Recena. A ambivalência da ação e improbidade administrativa e a sua conformação processual. In:_____, LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, José Eduardo da Fonseca (orgs.). *Improbidade administrativa: aspectos processuais da Lei nº 8.429/92*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 253)

17 É esse o conhecido posicionamento de CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, para quem “não pode haver dúvidas, diante do conteúdo do §7º, de que o contraditório já está completo quando o réu é notificado para se manifestar sobre a petição inicial. Neste instante a relação processual já se apresenta *triangularizada* – o que é, inequivocamente, a realização concreta do princípio do contraditório constitucionalmente assegurado. Assim sendo, mais técnico que, após a admissão da petição inicial, seja o réu apenas *intimado* para apresentar sua defesa, considerando que ele já faz parte da relação processual e, pois, que dela já tem ciência. Quando menos, que se entenda o termo ‘citação’, empregado pelo dispositivo, evidenciando a parte final (o ato de se defender) de sua definição legal, tal como dada pelo art. 213 do Código de Processo Civil. [...] Descabida, destarte, nova ciência da ação proposta, sendo suficiente, que seja aberto o prazo para apresentação da defesa, aplicando-se, consoante a hipótese, o art. 191 do Código de Processo Civil. Basta, assim, que lhe seja comunicada a abertura de prazo para a apresentação de sua defesa – o que, pelo sistema do Código de Processo Civil, se concretiza pela intimação dos advogados já constituídos” (O procedimento especial da ação de improbidade, p. 176).

Apesar desse adequado entendimento da doutrina, é certo que na realidade do foro a duplicação da citação ocorre com certa frequência, e é fácil entender o porquê. O modo como a lei denomina os atos de comunicação gera dubiedades, e permite a interpretação de que a “citação” do §9º deva se revestir das formalidades daquele primeiro ato de chamamento a juízo de que trata o art. 238 do Código de Processo Civil. Diante disso, cabendo ao juiz velar pela regularidade do processo, e desejando o autor ver o mérito de sua pretensão julgada o quanto antes, os próprios sujeitos processuais buscam se antecipar a eventual decretação nulidade decorrente da intimação na pessoa dos advogados, e eles próprios acabam por insistir na renovação do ato em espírito de prevenção. Estrategicamente, essa parece a melhor escolha, mas com ela se sacrifica de maneira importante a racionalidade do procedimento.

Uma solução de meio-termo para a reforma da Lei de Improbidade, portanto, capaz de preservar tanto a fase preliminar com cognição limitada à justa causa para a ação de improbidade (com as vantagens acima apontadas) e ao mesmo tempo proporcionar maior celeridade a essa fase do procedimento estaria em simplesmente substituir a expressão “notificação” presente no §7º do art. 17 por “citação”, e a expressão “citado” que consta do §9º pela locução “intimado, na pessoa de seu advogado”.

6 CONCLUSÃO

Em uma breve síntese, nossa percepção é a de que a proposta de supressão do contraditório específico em torno da admissibilidade da ação de improbidade administrativa equivale a “jogar fora o bebê junto com a água suja do banho”. No intuito de acelerar as ações de improbidade, a proposta acaba por sacrificar um instrumento de filtragem essencial para o bom andamento do conjunto desses processos.

REFERÊNCIAS

ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. *Improbidade administrativa*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011.

BUENO, Cássio Scarpinella. O procedimento especial da ação de improbidade. In: _____; PORTO FILHO, Pedro Paulo. (orgs.), *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CAPEZ, Fernando. *Limites constitucionais à lei de improbidade*. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA, Guilherme Recena. A ambivalência da ação e improbidade administrativa e a sua conformação processual. In: _____; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, José Eduardo da Fonseca (orgs.). *Improbidade administrativa: aspectos processuais da Lei nº 8.429/92*. São Paulo: Atlas, 2013.

GUILLÉN, Victor Fairén. *Ensayo sobre procesos complejos: la complejidad en los litigios*. Madrid: Tecnos, 1991.

MACHADO, Fábio Cardoso; MOTTA, Otávio Luiz Verdi. Indeferimento da inicial e rejeição liminar da ação de improbidade administrativa. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Eduardo José da Fonseca; COSTA, Guilherme Recena (orgs.). *Improbidade administrativa: aspectos processuais da Lei n 8.429/92*. São Paulo: Atlas, 2013.

McGOVERN, Francis. Toward a functional approach for managing complex litigation. *The University of Chicago Law Review*, v. 53, n. 2, Spring 1986.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende de. *Manual de Improbidade administrativa: direito material e processual*, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SILVA, Bruno Barros. Os elementos indispensáveis à propositura da ação civil pública por improbidade administrativa (art. 17, §6º, da Lei nº 8.4729/92). *Revista de Processo*, n. 202, p. 13-26, dez. 2011.

SILVA, Paulo Eduardo Alves. *Gerenciamento de processos judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

TIDMARSH, Jay; TRANGSRUD, Roger. *Complex litigation: problems in advanced civil procedure*. New York: Foundation Press, 2002.

WATANABE, Kazuo. *A cognição no processo civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

