



Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

As Especificidades do Devido Processo Legal nas Ações de Improbidade

Gabriela Torres de Carvalho

Rio de Janeiro
2014

GABRIELA TORRES DE CARVALHO

As especificidades do Devido Processo Legal nas Ações de Improbidade

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação Lato Sensu da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em Direito Processual Civil.

Professores Orientadores:

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rafael Iorio

Rio de Janeiro

2014

GABRIELA TORRES DE CARVALHO

As Especificidades do Devido Processo Legal nas Ações de Improbidade

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação Lato Sensu da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em Direito Processual Civil.

Professores Orientadores:

Neli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rafael Iorio

Rio de Janeiro
2014

AS ESPECIFICIDADES DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE

Gabriela Torres de Carvalho

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogada. Pós-graduada em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: A Lei n. 8.429/92, de 02 de junho de 1992 – Lei de Improbidade – alterada posteriormente pela medida provisória 2.225-45/2001, que introduziu os §§ 6º ao 12 ao art. 17, precisamente no § 7º instituiu um verdadeiro juízo prévio de admissibilidade da petição inicial, ao prever a apresentação de defesa prévia pelo requerido. Abre-se, assim, a possibilidade de uma defesa antes de a ação ser recebida, respeitado o devido processo legal, de molde a obstar o prosseguimento de ações temerárias, levianas, com contornos de perseguição política ou totalmente destituídas de conjunto fático-probatório.

Palavras-chave: Processo Civil. Lei de Improbidade. Juízo Prévio de Admissibilidade. Devido processo legal.

Sumário: Introdução. 1. Breves considerações. 2. Juízo Prévio de Admissibilidade. 3. Ausência de Notificação: nulidade absoluta ou relativa? 4. Entendimento do TJ/RJ e do STJ sobre o tema. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho cinge-se a analisar o procedimento prévio ao recebimento da ação de improbidade administrativa, o qual se materializa através da notificação do acusado. O objetivo primordial desse estudo é abordar a facultatividade ou a obrigatoriedade de o magistrado utilizar-se desse instrumento, sob pena de incorrer em caso de nulidade absoluta ou relativa, à luz dos julgados proferidos pelo TJ/RJ e STJ.

O aludido juízo prévio de admissibilidade, conforme se verificará adiante, diz respeito à existência de uma fase denominada de preliminar, instalada entre a propositura da demanda e o seu recebimento. E é exatamente nesse ponto, que ocorre a distinção com o juízo

de recebimento da ação propriamente dito, o qual é deflagrado com a citação do réu, e não com a notificação do notificado.

Importante demonstrar, no curso do presente artigo científico, as conseqüências que podem advir, quando da ausência do envio desse instrumento de comunicação ao acusado.

Se gerar hipótese de nulidade absoluta do processo, será nulo o despacho de receber a inicial, bem como todos os atos subseqüentes, inclusive a citação, por ofensa à garantia constitucional do contraditório e ampla defesa; ou se gerar hipótese de nulidade relativa, haverá a necessidade de demonstrar o efetivo prejuízo, e no momento oportuno, sob pena de preclusão e de convalidação dos atos anteriores.

Finalmente, com o escopo de melhor elucidar a matéria, traz-se, à colação, inúmeros julgados proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e pelo Superior Tribunal de Justiça, que serão analisados, minuciosamente, adiante.

1. BREVES CONSIDERAÇÕES

Como dito, há uma fase preliminar do procedimento conhecido como “Ação de Improbidade Administrativa”, que importa na existência de uma fase prévia ao recebimento da petição inicial. No entanto, para que seja possível examinar essa fase preliminar do procedimento, breves considerações se fazem necessárias.

O direito processual clássico sempre gravitou em torno das relações interindividuais, assim consideradas aquelas que geram conflitos de interesses individuais, colocando frente a frente pretensões singulares, de conteúdo antagônico e diverso, e, em geral, não passíveis de autocomposição.

Com o passar do tempo, notou-se, contudo, que as relações sociais desenvolvem-se e modificam-se naturalmente em virtude de novos interesses e de concepções dotadas de feição diversa. Assim, o direito atento a essas alterações, passou a se preocupar com aqueles conflitos

que, longe dos litígios individuais, envolvem coletividades de pessoas, sendo o elemento grupal prevalecente sobre o individual.

Na insurgência desse novo tipo de conflitos, foi reconhecida por alguns de nossos juristas a ineficácia dos remédios clássicos do campo processual civil para enfrentá-los. Nesse sentido, sábias lições são trazidas por um dos mais notáveis processualistas – José Carlos Barbosa Moreira¹:

Torna-se indispensável um trabalho de adaptação, que afeição às realidades atuais o instrumento forjado nos antigos moldes, ou antes, em casos extremos, um esforço de imaginação criadora, que invente novas técnicas para a tutela efetiva de interesses cujas dimensões extravasam o quadro bem definido das relações interindividuais.

Dentre as alterações que se seguiram, vieram o Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública, conferindo enunciados conceituais aos interesses coletivos e difusos. Nesse ínterim, foi promulgada a Constituição de 1988, a qual, de modo expresso, mencionou os interesses em tela como suscetíveis de tutela pelo Ministério Público (Art. 129, III). E, por claro, adveio também a Lei 8.429, de 02.06.1992 – objeto de estudo do presente trabalho.

A “Ação de Improbidade Administrativa” situa-se, portanto, nos “processos coletivos”, assim considerados aqueles que tenham por objeto a tutela de interesses transindividuais (difusos, coletivos ou individuais homogêneos). Como se lê em importante obra escrita sobre o tema²:

A ação de improbidade administrativa enquadra-se como ação coletiva, servindo para a tutela de interesses metaindividuais de pessoas indeterminadas integrantes da sociedade, protegendo não apenas o patrimônio público, mas também a probidade administrativa. Sendo a moralidade administrativa um valor socialmente difundido e, portanto, pertencente a toda a sociedade, não há como deixar de enquadrar a tutela da probidade como uma proteção a interesse igualmente difuso, eis que de natureza transindividual e com objeto incindível, na medida em que ambas, como já visto, encontram-se intimamente ligadas e a probidade, por sua vez, também é um valor protegido constitucionalmente.

¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1977, p.110.

² NEIVA, José Antonio Lisboa. *Improbidade administrativa: estudo sobre a demanda na ação de conhecimento e cautelar*. Rio de Janeiro: Impetus, 2005, p. 36-37.

Uma vez afirmado o caráter coletivo da “ação de improbidade administrativa”, não pode haver dúvida quanto a um ponto: no silêncio da lei específica, terão de ser aplicadas as regras e princípios do direito processual coletivo e, apenas no caso de tampouco estes serem insuficientes para a integração de eventuais lacunas, será possível solucionar as questões pendentes pela aplicação do sistema processual civil, típico dos processos individuais, já que o direito processual civil ainda atua como uma espécie de “direito processual comum”, subsidiariamente aplicável aos demais.

2. JUÍZO PRÉVIO DE ADMISSIBILIDADE

A Medida Provisória n. 2.225-45/2001, de 04 de setembro de 2001, acertadamente, incluiu o § 7º ao art. 17, da lei de regência da “Ação de Improbidade”³, de forma a exigir do Magistrado que, ao receber a petição inicial, notifique o requerido para oferecer manifestação por escrito, instruída com documentos e justificações, que ele entender serem necessárias para a elucidação dos fatos, dentro do prazo de 15 (quinze) dias.

Indubitavelmente, a “Ação de Improbidade” traz para o requerido graves consequências de ordem moral e jurídica, devendo o seu pleno exercício ser manejado de forma responsável. Destarte, para evitar o ajuizamento precipitado e infundado de uma demanda dessa natureza, por meio de imputações falsas, inverídicas ou desproporcionais, é que o legislador exigiu alguns requisitos mínimos da inicial, os quais consistem em prova ou justificação indiciária da improbidade, ou com as razões fundamentadas da impossibilidade.

Nessa linha, esclarecedoras são as razões observadas por Cássio Scarpinella Bueno⁴, *in verbis*:

³ BRASIL. Lei nº 8.429, de 02 jun. 1992. Disponível em <[HTTP://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm)>. Acesso em: 24 nov. 2013.

⁴ BUENO. Cássio Scarpinella *apud* MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS. *O Limite da Improbidade Administrativa: O Direito dos Administrados dentro da Lei n. 8.429/92*. Rio de Janeiro: Americana Jurídica, 2009, p. 393.

Os documentos, as justificações, as escusas e a conduta de quem pretende tipificar ato(s) de improbidade administrativa serão analisados não só no decorrer do procedimento (mais aprofundadamente na fase instrutória), mas receberão um juízo de admissibilidade expresso e bastante profundo (até mesmo exauriente, quando a hipótese é de declaração da inexistência do ato de improbidade ou de improcedência da ação) logo após o estabelecimento do prévio contraditório, na forma como disciplinam os precitados §§ 7º e 8º. Daí que a petição inicial da ação de improbidade administrativa deve ser proporcionalmente mais substancial do que a das outras ações que não têm esta fase preliminar de admissibilidade da inicial em contraditório tão aguda. Nestas condições, a delimitação dos fatos, da causa de pedir, e a produção da correspondente prova (quando disponível de imediato) devem ser impecáveis, sob pena de comprometer, já de início, o seguimento da ação e, até mesmo, sua rejeição com apreciação de mérito.

Em outras palavras, poder-se-ia dizer que tal fase preliminar à citação decorre do fato de que não pareceu razoável ao legislador, que os demandados fossem citados se não se constatasse a presença de elementos probatórios mínimos, a justificar a instrução do processo, em um caso que envolve interesses individuais e metaindividuais tão relevantes como os que estão em jogo no processo da “ação de improbidade”.

Aliás, outra não foi a advertência de Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes⁵:

O objetivo do novo procedimento, que a princípio pode parecer repetitivo, é o de filtrar as ações que não tenham base sólida e segura, obrigando o juiz – com a possibilidade de recurso ao tribunal – a examinar efetivamente, desde logo, com atenção e cuidado, as alegações e os documentos da inicial, somente dando prosseguimento àquelas ações que tiverem alguma possibilidade de êxito e bloqueando aquelas que não passem de alegações especulativas, sem provas ou indícios concretos. O instituto da defesa preliminar, existente no direito penal para os funcionários públicos (CPP, art. 514), como antecedente ao recebimento da denúncia, funciona como proteção moral para o agente público acusado, para quem o simples fato de ser réu pode já implicar mancha na sua reputação. Abres-se a possibilidade de uma defesa antes de a ação ser recebida, de molde a cortar pela raiz aquelas ações que se mostrem levianas ou totalmente sem relação com a realidade dos fatos.

Ou ainda, nas sábias lições do Mestre Mauro Roberto Gomes de Mattos⁶, o qual nos mostra que referido procedimento preliminar é instaurado como forma de evitar o recebimento de uma ação de improbidade administrativa que, além de cominar sanções gravíssimas, destrói a imagem do demandado entre os seus pares na sociedade, situação essa irreparável. Nesse sentido:

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *apud* CALIL SIMÃO. *Improbidade Administrativa: Teoria e Prática*. São Paulo: JH Mizuno, 2011, p. 488.

⁶ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O limite da improbidade administrativa: O direito dos administrados dentro da Lei n. 8.429/92*. Rio de Janeiro: America Jurídica, 2006, p. 398.

É o que se denomina juízo de admissibilidade, pelo qual se prevê uma verificação prévia da existência de justa causa para a propositura da ação, de modo a não permitir que acusações de improbidade apressadas, desconectadas de fatos e situações reais, ou não raramente infundadas, mais de ordem política, se transformem em um processo que perdurará longamente, trazendo irreparáveis prejuízos para a vida, a posição política, profissional e social, e o futuro de pessoas vítimas de perseguições ou acusações injustas (...).

Assim, determina a lei que seja feita uma notificação prévia dos demandados, para que apresentem defesa antes de se decidir pelo recebimento ou não da petição inicial.

3. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO: NULIDADE ABSOLUTA OU RELATIVA

Como visto, existe um procedimento prévio ao recebimento da ação de improbidade administrativa, o qual se instaura mediante a notificação do demandado. Notificar, em sentido jurídico, é empregado para designar o ato judicial escrito voltado a dar conhecimento a uma pessoa sobre algo ou fato de seu interesse, a fim de que possa usar medidas legais ou prerrogativas que lhe sejam asseguradas pela lei.

Cabe destacar que essa notificação não se confunde com a intimação e a citação. Aquela que se refere a dar mera ciência de atos do processo à parte, referindo-se ao passado, a atos já ocorridos, ao passo que esta diz respeito ao chamamento da parte para responder a uma demanda recebida pelo Poder Judiciário.

É importante fazer tal distinção, porquanto a notificação tem como escopo cientificar o interessado de um ato que deve ocorrer ou que vai ser praticado; trata-se de um aviso formal, uma comunicação ao notificado de assunto de seu interesse. Note-se que estamos a falar de interessado/notificado, isto porque antes da citação, o requerido *não* é parte no processo.

Há quem entenda, no entanto, que aludida notificação não passa de mera intimação, na medida em que o nosso Código de Processo Civil aboliu a notificação como ato de comunicação processual, prevendo apenas a citação e a intimação (CPC, art. 234). É o caso, por exemplo, de nosso insigne Desembargador e Mestre Alexandre Câmara, que assim nos leciona:

Não há, na lei, maiores informações sobre o modo como essa notificação será feita. Sequer se encontra, na lei, qualquer elemento que permita determinar-se a real natureza dessa notificação. Tudo o que se pode concluir com segurança a partir do texto da Lei nº 8.429/1992 é que o ato que tal lei chama de notificação não é, certamente, a citação, que só será determinada caso a petição inicial seja recebida após o desenvolvimento dessa fase preliminar (art. 17, § 9º).

Também na doutrina não se encontra exame mais aprofundado desses pontos. Tenho para mim, porém, que não se pode considerar adequado o uso, pelo texto da lei, do termo *notificação* para designar o ato de que aqui se trata. É que na linguagem processual adotada atualmente no Brasil notificação não é um ato de comunicação processual, mas o nome de um procedimento especial de jurisdição voluntária (...).⁷

Mais adiante em seu artigo, arremata o Mestre:

Então de notificação só se fala quando se trata do procedimento especial a que se refere o art. 873 do CPC, o qual, não obstante regulado entre os procedimentos cautelares, é, na verdade, um procedimento de jurisdição voluntária.⁸

Diante disso, a única conclusão razoável a que se pode chegar é que a “notificação” a que se refere a Lei nº 8.429/1992 é, na verdade, uma intimação. Esta, como sabido, define-se (CPC, art. 234) como o ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos e termos do processo, para que faça ou deixe de fazer alguma coisa. Pois é exatamente isto o que se tem no caso em tela. Os demandados tomam ciência do ajuizamento da demanda, e de seu teor, para que apresentem defesa prévia. Tal ato de comunicação, pois, é uma intimação⁹.

Então, como visto, a Lei n. 8.429/92 prevê em seu art. 17, § 7º que o magistrado determinará a notificação do requerido.

Nesse diapasão, cumpre ressaltar a divergência existente entre doutrinadores e jurisprudência, no que toca à ausência dessa notificação e sua consequência: nulidade absoluta ou nulidade relativa.

Segundo os Mestres Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, a ausência de notificação gera apenas uma nulidade relativa. Esclarecem os autores da obra “Improbidade Administrativa”:

De toda sorte, a inobservância da regra da notificação prévia, por demandar a demonstração de prejuízo (art. 250, CPC), gera nulidade meramente relativa. Em

⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. *A fase preliminar do procedimento da “ação de improbidade administrativa”*. Disponível em: <http://www.academia.edu/375133/A_fase_preliminar_do_procedimento_da_acao_de_improbidade_administrativa>. Acesso em: 15 jan. 2014.

⁸ Sobre a natureza de jurisdição voluntária desse procedimento, GRECO, Leonardo. *Jurisdição voluntária moderna*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 62.

⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *A fase preliminar do procedimento da “ação de improbidade administrativa”*. Disponível em: <http://www.academia.edu/375133/A_fase_preliminar_do_procedimento_da_acao_de_improbidade_administrativa>. Acesso em: 15 jan. 2014.

arrimo a tal conclusão dever-se ter em vista que a *ratio* da normativa provisoriamente instituída é a de evitar o nascimento de relação destituída de justa causa, não se voltando a defesa prévia, unicamente, ao exercício do contraditório, que será posteriormente exercido na forma do § 9º, daí se concluindo, pelo menos em regra, que nenhum prejuízo advirá ao réu. 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 (§ 9º), sendo esta a melhor oportunidade para a apresentação das teses defensivas e a juntada de documentos (art. 396, CPC).¹⁰

O Mestre Calil Simão, ratifica que a ausência da notificação não traz prejuízos para o requerido, eis que por se cuidar de um direito subjetivo, daí decorre a facultatividade de apresentação ou não de defesa prévia pelo interessado. Nesse sentido, afirma:

Conforme afirmado, esse procedimento especial, fundamentado na segurança jurídica e na preservação dos direitos fundamentais, tem dupla função. O primeiro viés é voltado a assegurar o interesse público, e o outro, a proteger o próprio demandado. Trata-se, portanto, de um direito subjetivo. Esta segunda função é preponderante, tendo em vista que a resposta (manifestação) é facultativa e a sua ausência não gera qualquer prejuízo para o requerido. Se fosse preponderante o interesse público, conseqüências decorreriam da não- apresentação.¹¹

Por seu turno, há quem entenda, como Mauro Roberto Gomes de Mattos, que a exigência de notificação prévia do requerido serve como forma de avaliar, preambularmente, se há plausibilidade na ação proposta ou se é fruto da invenção do órgão acusador. Ainda, que qualquer ato decisório na ação de improbidade que não oportunize ao acusado o oferecimento da manifestação prévia deve e pode ser anulado.

Nessa linha, alega o aludido autor que “a ausência de notificação do réu para se manifestar antes do recebimento da inicial gera vício insanável, devendo o feito ser anulado para que haja o efetivo cumprimento do art. 17, § 7º”¹². Em outros termos, está a dizer que a supressão do procedimento prévio exigido pelo dispositivo legal em referência acarreta nulidade absoluta.

Em verdade, os doutrinadores que defendem tal entendimento, o fazem com fundamento nos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório,

¹⁰ GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.861-862.

¹¹ SIMÃO, Calil. *Improbidade Administrativa: Teoria e Prática*. São Paulo: JH Mizuno, 2011, p. 489.

¹² MATTOS, op.cit., p. 489.

argumentando que a omissão do contraditório preliminar, onde é assegurada a ampla defesa do réu, a ponto até mesmo de elidir a denúncia (no caso do art. 514, CPP) ou o recebimento da inicial (no caso do art. 17, § 7º, Lei nº 8.429/92), dá causa a nulidade absoluta e insanável do processo, ainda que não argüido, ou demonstrado o prejuízo da defesa.

Vejam-se agora como tem se posicionado a jurisprudência do TJ/RJ e do STJ sobre a questão.

4. ENTENDIMENTO DO TJ/RJ E DO STJ SOBRE O TEMA

Para que o tema seja mais bem aclarado e explorado, utilizar-se-á de julgados/ementas ilustrativas, como a seguir.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO PRÉVIA PREVISTA NO § 7º DO ART. 17 DA LEI 8.429/92. AFRONTA AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA. NULIDADE RELATIVA. 1. O tema em foco é conhecido e já há vários precedentes jurisprudenciais deste Tribunal e dos Tribunais Superiores. 2. Trata-se da intimação prévia introduzida na Lei 8.429/92 com a edição da Medida Provisória nº 2.088-39/2001, que introduziu os parágrafos 6º ao 12 ao art. 17 da mencionada Lei. 3. A ratio legis daquele parágrafo, como ressaltado pelo douto magistrado Paulo Vagner Guimarães Pena, reside na realização de um juízo de admissibilidade da ação civil pública por improbidade administrativa, suprimi-lo é obstar a ampla defesa e o contraditório. 4. Portanto, a não observância ao comando do § 7º do art. 17 gera a nulidade relativa, que, uma vez argüida, tem o condão de fulminar todo o processado, até que seja sanada, e visa afastar futura alegação de cerceamento de defesa. 5. Ressaltando a imprescindibilidade da realização do juízo de admissibilidade previsto no § 7º do art. 17 da Lei nº 8.429/92, necessário se faz não a nulidade do processado a partir de fls. 305, mas nova intimação, desta feita, por Diário Oficial, para os dois primeiros agravados e por Oficial de Justiça para o Município, terceiro agravado, que ainda não veio aos autos, para que digam, os primeiros agravados, se mantêm os termos de sua contestação como defesa prévia, concedendo desde então o prazo de 15 dias, caso a pretensão seja de alteração e o Município, terceiro agravado, seja intimado para prestar sua defesa prévia, na forma do disposto no § 7º do art. 17 da Lei nº 8.429/92, o que por certo eliminará qualquer futura alegação de cerceamento de defesa. 6. Decisão proferida pelo órgão fracionário do Tribunal, na forma expressamente autorizada pelo art. 557 do Código de Processo Civil. 7. Desprovimento do recurso e correção de ofício da decisão a quo¹³.

O julgado em foco traz uma boa referência da matéria, eis que, além de fornecer um breve histórico sobre o procedimento prévio, demonstra o entendimento atual e predominante no TJ/RJ, abraçando a tese da nulidade relativa, por demandar a comprovação de prejuízo.

¹³BRASIL. Vigésima Câmara Cível. AI nº 0021143-02.2007.8.19.0000. Des. Letícia Sardas, Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=200700229559>> Acesso em: 15 jan. 2014.

Ademais, em se tratando de mera nulidade relativa, a jurisprudência de nossa egrégia Corte de Justiça tem permitido, inclusive, a aplicação do princípio da instrumentalidade das formas, de modo que a contestação é recebida como justificação prévia, saneado o processo, acolhe-se a inicial e determina-se nova citação, nos moldes do disposto nos §§ 8º e 9º do art. 17 da Lei nº 8.429/92. Nesse sentido, a seguinte ementa:

Agravo de instrumento. Ação de improbidade administrativa. Lei 8.429/92. Decisão a quo que reconhecendo a ausência de notificação prévia, a teor do § 7º do art. 17 da lei especial, declara a nulidade da citação na ação civil pública promovida pelo MP em face da agravante e de ex-presidente da Fundação Municipal de Saúde de Petrópolis, para evitar futuras alegações de nulidade pelos réus. Decisão agravada proferida após a apresentação de contestação pelos réus. Recebimento das peças de bloqueio como defesa prévia no procedimento em resposta à notificação. Saneamento inicial do processo na forma do art. 17 §§ 8º e 9º Lei 8429/92, com o recebimento da inicial e determinação de nova citação, a teor dos §§ 8º e 9º do art. 17 da Lei de Improbidade. Possibilidade. Economia processual e celeridade. Processo incluído na Meta 2. Teor da notificação que não poderia divergir dos fatos narrados na inicial. Recebimento da contestação como resposta à notificação que não causa prejuízo ao agravante. Pas de nullité sans grief. Precedentes do STJ e desta Corte. Recurso desprovido¹⁴.

Como dito, há inúmeras decisões proferidas por nossa egrégia Corte de Justiça, apontando para o acolhimento da tese da nulidade relativa (TJ/RJ, Rel. Des. Wagner Cinelli, Ap. Cível nº 0000079-08.2002.8.19.0065, 17ª Câmara Cível; TJ/RJ, Rel. Des. Rogério de Oliveira Souza, Ag Instrumento nº 0029299-71.2010.8.19.0000, 9ª Câmara Cível; TJ/RJ, Rel. Des. Paulo Mauricio Pereira, Ap. Cível nº 0000482-93.2005.8.19.0057, 4ª Câmara Cível; TJ/RJ, Rel. Des. Cristina Serra Feijó, Ag. Instrumento bº 0008249-57.2008.19.0000, 20ª Câmara Cível; etc.), no entanto o tema não está pacificado, sendo certo que ainda existem decisões, que sinalizam pela tese da nulidade absoluta, como se observa a seguir:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INQUÉRITO CIVIL. AUSÊNCIA DA NOTIFICAÇÃO PREVISTA NO § 7º DO ART. 17 DA LEI 8.429/92. A medida provisória 2.225-45/2001, que alterou a lei de improbidade, instituiu um duplo contraditório que já existe em alguns processos. O que inspirou esta regra foi o fato de que com o duplo contraditório o agente acusado poderia exercer uma defesa prévia que, em sendo aceita, poderia impedir a ação de improbidade. Assim, mesmo estando a inicial instruída com o inquérito civil, necessário se faz a observância do art. 17, § 7º da lei 8429/92, em obediência aos

¹⁴ BRASIL. TJ/RJ. Quinta Câmara Cível. AI nº 0064076-19.2009.8.19.0000. Des. Cristina Tereza Gaulia. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=200900249316> Acesso em: 15 jan. 2014.

princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa. Precedentes do STJ e do TJ/RJ. Com relação à liminar deferida, todavia, esta deve ser mantida. É que, não obstante a ausência da notificação prévia, a inicial, como bem enfatizado pelo juízo monocrático, veio instruída com o inquérito civil (que se destina a recolher provas), o que, diante da presença dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, confere legitimidade para a concessão da liminar. Parcial provimento ao agravo para determinar que o juízo a quo observe o disposto no § 7º do art. 17 da LIA, declarar nulos os atos que lhe sucedem, mantida, todavia, a indisponibilidade de bens dos agravantes¹⁵.

A toda evidência, nota-se que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro se posicionou, no caso concreto, pela aplicação do contraditório preliminar como forma de assegurar a ampla defesa do notificado, representada pela oportunidade de elidir o recebimento da inicial, que, uma vez não observada, dá causa à nulidade absoluta e insanável do processo.

No âmbito de nosso Superior Tribunal de Justiça, a história se repete, sendo certo que a maioria dos julgados vai ao encontro da tese da nulidade relativa, ao passo que outros poucos posicionamentos confirmam a tese da nulidade absoluta, tomando como espeque todos os fundamentos aqui já apontados. Assim, traz-se à colação a transcrição de duas ementas em claro confronto, *verbis*:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. FALTA DE DEFESA PRÉVIA. ALEGAÇÃO SOMENTE EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INOVAÇÃO RECURSAL. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 211/STJ. FRAUDE EM LICITAÇÃO PARA CONTRATAÇÃO DE CAMINHÕES PIPA. TRIBUNAL DE ORIGEM QUE CONSIGNA FALSIDADE DE DECLARAÇÃO, IRREGULARIDADE NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO, AUSÊNCIA DE CONTROLE POR PARTE DOS RÉUS E PREJUÍZO AO ERÁRIO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ.

1. Hipótese na qual se discute nulidade por falta de notificação para defesa prévia em ação civil pública por ato de improbidade administrativa, bem como a aplicação das penas da Lei n. 8.429/92, no que tange a fraude em contratação de caminhões pipa.
2. O Tribunal de origem, soberano em matéria de fatos e provas, com suporte em análise circunstancial do acervo fático-probatório, entendeu pela ocorrência cumulativa de culpa, dano ao erário e violação de princípios administrativos, consignando, em suma, que "a caracterização das figuras de improbidade (descaso e uso indevido) com a coisa pública, paira sobre a conduta de todos", pois "sem o mínimo cuidado de controlar se o abastecimento se efetivava na capacidade exigida".
3. Cabe afastar a alegada nulidade do acórdão recorrido por omissão quanto à falta de notificação do recorrente para apresentação de defesa prévia, pois não houve impugnação na contestação e nem também no recurso de apelação do recorrente, ocorrendo a preclusão consumativa do tema por conformação da parte à sentença,

¹⁵ BRASIL. TJ/RJ. Décima Quarta Câmara Cível. AI nº 0024800-49.2007.8.19.0000. Des. Jose Carlos Paes. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=200700208558>> Acesso em: 15 jan. 2014.

não devolvendo a matéria ao Tribunal, constituindo inovação recursal sua apresentação somente em posteriores embargos de declaração na apelação. Dessa forma, por faltar-lhe o devido prequestionamento, exigido mesmo em questões de ordem pública, aplica-se a Súmula 211/STJ. 4. Ademais, a não observância da notificação prévia, em cumprimento ao artigo 17, parágrafo 7º, da Lei de Improbidade Administrativa, não gera nulidade dos atos processuais seguintes quando não demonstrado o efetivo prejuízo. 5. O caso em exame é relativo à ato de improbidade administrativa tanto gerador de dano ao erário, como também violador de princípios administrativos, amoldando-se, porquanto, aos atos de improbidade censurados pelos arts. 10 e 11 da Lei 8.429/1992, sendo suficiente a comprovação de apenas um deles para a procedência da ação de improbidade. 6. Destarte, a verificação da alegada violação dos artigos 10 e 11 da Lei n. 8.429/1992 necessita de um reexame dos elementos fáticos-probatórios dos autos, pois a aferição da existência ou ausência de dolo ou culpa do agente político, na hipótese dos autos, não é possível de ser realizada pela simples leitura das razões de decidir do acórdão de origem. 7. Agravo regimental não provido.

Em alinhamento contrário:

RECLAMAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO PROFERIDA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NOS AUTOS DO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 1.109.005/PR. NULIDADE. FALTA DE NOTIFICAÇÃO DO REQUERIDO PARA APRESENTAÇÃO DE DEFESA PRELIMINAR, ANTES DO RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL DA AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PROLAÇÃO DA SENTENÇA NOS AUTOS DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA PELO JUÍZO RECLAMADO.

1. Trata-se de reclamação ajuizada pelo Município de Londrina para preservar a autoridade da decisão desta Corte Superior no Ag 1.019.005/PR em face de sentença do Juízo da 3ª Vara Cível de Londrina/PR, em que foi apreciada em caráter exauriente a Ação Civil Pública n. 482/2005. 2. Na decisão apontada como ofendida, decidiu-se que a falta de notificação do requerido para apresentação de defesa preliminar, antes do recebimento da petição inicial da ação civil pública, configura nulidade absoluta e insanável do processo, que não se convalida pela não-arguição tempestiva, porque afronta ao princípio fundamental da ampla defesa. Com essas considerações, foi dado provimento ao recurso especial interposto pelo Município de Londrina para declarar a nulidade do processo pela ausência de prévia notificação da parte recorrente com a consequente extinção do processo sem apreciação do mérito. 3. Diante do trânsito em julgado da decisão que ora se reclama cumprimento, a prolação da sentença nos autos da Ação Civil Pública n. 482/2005, sem a observância do disposto no art. 17, § 7º, da Lei n. 8.429/92, viola a autoridade da decisão do Superior Tribunal de Justiça que, enfrentando tal processo, entendeu nulidade absoluta dos atos processuais diante da ausência de defesa prévia. 4. Reclamação procedente.

CONCLUSÃO

Com o presente estudo, espera-se, tenha ficado claro que a intenção do legislador, ao instituir o juízo prévio de admissibilidade da petição inicial nas ações de improbidade, foi o de obstar a instauração de pretensões visivelmente improcedentes e inadequadas e que podem

acarretar prejuízos à imagem do demandado – pessoa pública –, além de cominar sanções gravíssimas.

Considerando que a ação de improbidade traz para o réu graves conseqüências de ordem moral e jurídica, como já demonstrado, é que seu pleno exercício deve ser manejado de forma responsável, pois que a ninguém é dado o direito de invadir a honra e privacidade de quem quer que seja.

Outrossim, almeja-se que o artigo científico apresentado tenha esclarecido que a ação de improbidade somente deve ser deflagrada, quando presentes indícios mínimos de que o ato administrativo hostilizado infringiu condutas descritas na Lei como ímprobas, ou seja, quando presente a justa causa. E que aludia Ação não sirva de instrumento político ou de negociata, nem permita o abuso de direito por parte daquele que a maneja.

Por fim, as alusões aos doutrinadores e a nossa jurisprudência pátria no decorrer do artigo somente vieram a corroborar o posicionamento atual e prevalecente quanto às controvérsias acerca da matéria tratada, não se olvidando de que inexiste decisão melhor ou pior. O que há e sempre haverá no Direito são pontos de vistas divergentes – a eterna e produtora dialética.

REFERÊNCIAS

CÂMARA, Alexandre Freitas. *A fase preliminar do procedimento da “ação de improbidade administrativa”*. Disponível em: <http://www.academia.edu/375133/A_fase_preliminar_do_procedimento_da_acao_de_improbidade_administrativa>.

Acesso em: 15 jan. 2014.

GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GRECO, Leonardo. *Jurisdição voluntária moderna*. São Paulo: Dialética, 2003.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O limite da improbidade administrativa: O direito dos administrados dentro da Lei n. 8.429/92*. Rio de Janeiro: America Jurídica, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Malheiros, 2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977.

NEIVA, José Antonio Lisbôa. *Improbidade administrativa: estudo sobre a demanda na ação de conhecimento e cautelar*. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

SIMÃO, Calil. *Improbidade Administrativa: Teoria e Prática*. São Paulo: JH Mizuno, 2011.