

JUSTA CAUSA E JUÍZO DE PRELIBAÇÃO (ADMISSIBILIDADE) NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: proteção e preservação dos direitos e garantias dos requeridos frente à busca de maior eficiência judicial no combate à corrupção na era da Operação Lava Jato

Gustavo Justino de Oliveira

Professor Doutor de Direito Administrativo na Faculdade de Direito da USP

Gustavo Henrique Carvalho Schiefler

Doutor em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da USP

Sumário: 1. Contextualização e problematização. 2. Garantismo e efficientismo no combate à corrupção e suas repercussões nos processos judiciais de improbidade administrativa. 3. A verificação da justa causa no juízo de prelibação (admissibilidade) do §8º do artigo 17 da Lei de Improbidade Administrativa (LIA) como garantia do requerido 4. Doutrina e Jurisprudência sobre a necessidade e os elementos caracterizadores da justa causa. 5. Conclusões: limites do *in dubio pro societate* e o juízo de prelibação como garantias do requerido na ação de improbidade administrativa.

1. Contextualização e problematização

A Lei Federal nº 8.429/1992 – Lei de Improbidade Administrativa (LIA) – é considerada um dos grandes marcos na trajetória nacional de combate à corrupção e responsabilização de agentes públicos – e, por extensão, de agentes privados coautores ou beneficiários – em virtude da prática de atos de improbidade administrativa que (i) importem enriquecimento ilícito, (ii) causem prejuízos ao erário e (iii) atentem contra os princípios da Administração Pública.

O diploma legislativo exsurgiu como uma das respostas possíveis ao necessário aperfeiçoamento do ordenamento jurídico brasileiro, na tentativa de

abrandar a generalizada sensação de impunidade reinante à época do processo de *impeachment* do ex-Presidente da República Fernando Collor de Mello, o qual acabou renunciando ao cargo em dezembro de 1992 em face de acusações de prática de atos de corrupção.

Passados 25 anos da sua edição, após um intenso processo hermenêutico empreendido pela doutrina e pela jurisprudência dos Tribunais pátrios, a Lei de Improbidade Administrativa prossegue atraindo a atenção da comunidade jurídica. Ao mesmo tempo em que encerra a disciplina jurídico-normativa daquele que é considerado o melhor – e quiçá – mais efetivo instrumento judicial de responsabilização cível decorrente da prática de atos de corrupção, a aplicação desse diploma legislativo ainda desperta inúmeras dúvidas e enseja acalorados debates, mormente a respeito da intensidade e da extensão (i) das severas restrições patrimoniais impostas aos requeridos durante o seu trâmite, que decorrem frequentemente do mero ajuizamento da ação de improbidade e (ii) das sanções e demais consequências da condenação judicial por ato de improbidade administrativa.

Indubitavelmente, o interesse no tema renova-se sobremaneira em face da magnitude da conhecida Operação Lava Jato, iniciada em 2014 e, inclusive, a partir dela, em uma escalada vertiginosa, da proliferação de outras operações policiais análogas. Essas operações apuram e investigam fatos envolvendo suspeitas de práticas de atos de corrupção de agentes públicos e privados em todos os níveis federativos, as quais acabaram por resultar em um aumento significativo do ajuizamento de ações de improbidade administrativa.

Entretanto, embora válida e absolutamente imprescindível essa ampla e intensa cruzada nacional de combate à corrupção, importa realçar que, pressionado pela opinião pública no sentido de mostrar resultados efetivos em termos de punição e de responsabilização dos envolvidos nos casos de malversação de dinheiro público, o Poder Judiciário vem assumindo novas posturas e criando novos *standards* no processamento e julgamento desses casos vinculados à corrupção. Particularmente no que se refere às ações de improbidade administrativa, desde 2012, por iniciativa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), essas ações passaram a ter prioridade na agenda de todos os órgãos do Poder Judiciário, que assumiram compromissos de imprimir maior

agilidade e eficiência no processamento e julgamento deste tipo especialíssimo de demanda.

Sem desmerecer o louvável esforço do Poder Judiciário de tornar mais célere o desfecho de processos judiciais vinculados à proteção do patrimônio público e à responsabilização dos envolvidos em atos de corrupção, chama-se a atenção a uma questão elementar: não há como se perder de vista que a ação de improbidade administrativa, desde o seu ajuizamento, gera uma série de gravíssimas restrições morais e patrimoniais àqueles que figuram em seu polo passivo.

Não por outro motivo, a ação de improbidade administrativa equipara-se em muito às ações penais, especialmente em termos de gravidade e das diversas consequências por ela potencialmente geradas, além da posição do requerido, que, por seu turno, assemelha-se à figura do acusado nos processos criminais. Essa semelhança justifica o plexo de direitos e garantias previsto na Lei de Improbidade Administrativa, que deve ser assegurado pelo Poder Judiciário, em sua maior extensão possível, aos requeridos neste tipo de ação judicial.

O que se pretende destacar é que, apesar da celeridade com que os processos judiciais de improbidade administrativa devam tramitar, não se pode descuidar em nenhum momento da observância dos direitos e garantias de defesa dos requeridos, sob pena de uma desejada eficiência judicial se sobrepor ao conjunto de garantias que cogentemente devem ser asseguradas no transcurso da ação de improbidade administrativa, implicando em um ataque frontal às bases materiais do Estado Democrático de Direito.

Nessa linha de raciocínio, a tensão entre efficientismo e garantismo nas ações de improbidade administrativa - bastante evidenciada na era da Operação Lava Jato - haverá de ser bem equilibrada e calibrada pelo Poder Judiciário, que deve atuar com destacada razoabilidade. Jamais haverá espaço para que uma meta desejável de celeridade desses processos e uma expectativa compreensível da opinião pública voltada à quebra de impunidade de agentes públicos e privados envolvidos na prática de supostos atos de corrupção possam motivar a inobservância dos direitos e garantias dos

requeridos, nos termos e na extensão previstas na Lei de Improbidade Administrativa.

Nesse contexto, um dos momentos processuais garantistas mais relevantes do processamento da ação de improbidade administrativa é o que resulta da aplicação das regras referidas nos parágrafos 6º, 7º e 8º do artigo 17 da Lei de Improbidade Administrativa.

Para a propositura e procedibilidade da ação de improbidade administrativa, o legislador exigiu a **existência de justa causa** (“a ação será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade ...”), a qual será aferida pelo magistrado por meio de um **juízo de prelibação**, no prazo de trinta dias contados do oferecimento da **defesa prévia do requerido** (“... o juiz mandará autuá-la [a inicial] e ordenará a notificação do requerido, para oferecer manifestação por escrito, (...), dentro do prazo de quinze dias”). Como resultados possíveis do juízo de prelibação, desde que constatada a ausência de justa causa – indícios de autoria e de materialidade da prática do ato de improbidade - nos termos do parágrafo 8º do art. 17 da Lei de Improbidade Administrativa, o magistrado poderá rejeitar de plano a ação de improbidade administrativa, se (i) convencido da inexistência do ato de improbidade, (ii) da improcedência da ação ou (iii) da inadequação da via eleita.

Esta análise tríade sobre a procedibilidade da ação de improbidade administrativa – existência de justa causa, oferecimento de defesa prévia pelo requerido e juízo de prelibação – não deve jamais ser olvidada, inobservada ou flexibilizada em nome de uma eficiência judicial destinada a imprimir celeridade ao processo judicial, sendo indispensável que o juízo de prelibação não somente exista (dimensão garantista formal), mas que resulte em uma decisão fundamentada em que reste explícita e motivada a existência da justa causa, considerados integralmente todos os argumentos inseridos na defesa prévia do requerido (dimensão garantista material).

A seguir a problemática ora apontada é enfrentada, evidenciando alguns pontos de atenção para a sua melhor compreensão. Ao final, apresentam-se possíveis parâmetros e eventuais soluções para se assegurar que haja uma adequada observância da eventual existência de justa causa e para que esse

juízo de prelibação configure autêntica garantia do requerido na ação de improbidade administrativa.

2. Garantismo e efficientismo no combate à corrupção e suas repercussões nos processos judiciais de improbidade administrativa

Não se pode ignorar que muitas ações de improbidade administrativa contemporâneas estão circunscritas em um macrocontexto de conhecimento público e notório, cotidianamente retratado pela mídia brasileira. Os atos de improbidade administrativa descritos nas petições iniciais estão frequentemente inseridos em supostos esquemas de corrupção análogos àqueles investigados na denominada Operação Lava Jato – embora, é claro, esses casos análogos tenham menor expressão.

A repercussão de tal Operação já fez com que fatos nela investigados – e todo um conjunto de outros esquemas de corrupção em investigação – se tornassem de conhecimento público, a ponto de influenciar na vida dos cidadãos, das empresas e de investidores. Essa realidade, que é inegável, não deve servir para preconceitos ou estabelecimento de premissas irrefutáveis sobre pessoas e fatos.

Afinal, não se deve perder de vista a necessária presunção de boa-fé que acompanha as relações sociais, elemento justificadamente reinante no Direito Administrativo, já que a grande maioria dos agentes públicos é composta por pessoas idôneas e bem-intencionadas, assim como os particulares que se relacionam economicamente com a Administração.

É preciso parcimônia e serenidade para avaliar adequadamente cada situação em meio a uma efervescência de informações e escândalos que assolam o país. Muito embora as ações de improbidade administrativa contemporâneas situem-se na era da Operação Lava Jato, isso não significa que garantias devam ser desrespeitadas, que a legalidade possa ser desobedecida e que sejam violados os primados que regem a Lei de Improbidade Administrativa e seus consectários.

É absolutamente legítimo que a Administração Pública busque responsabilizar agentes públicos e privados envolvidos em atos de improbidade administrativa. Especialmente quando diante de esquemas de corrupção que causam prejuízo não somente ao patrimônio público e à eficiência administrativa, mas à própria percepção de legitimidade do Estado pela população. Nesse sentido, deve ser considerada louvável a conduta proativa do Ministério Público e das entidades públicas lesadas que promovem ações para a apurar responsabilidades.

A questão é que uma postura imponderada, ao contrário do que pode parecer à primeira impressão, é prejudicial para a própria prevenção da corrupção e para o interesse público. Se o órgão de controle ou a entidade pública lesada não distinguem as empresas que encontram na corrupção um modo regular de atuação daquelas verdadeiramente engajadas em seus programas de *compliance*, por exemplo, que eventualmente podem não ter conseguido controlar a conduta ilícita de algum representante, o resultado é o desestímulo às práticas preventivas e éticas no mercado.

Diante disso, é pertinente registrar a análise crítica feita por KEVIN E. DAVIS, professor de Direito da New York University e um dos maiores estudiosos em matéria de corrupção da atualidade, o qual procura desmistificar alguns dogmas ligados à “tolerância zero” no combate à corrupção e propor uma adequada proporcionalidade no tocante às responsabilidades. Segundo o professor norte-americano:

“A força das objeções à abordagem da tolerância zero sugere que em muitas circunstâncias ela deve ser abandonada em favor de uma nova abordagem. Ao mesmo tempo há fortes razões pragmáticas para acreditar que qualquer alternativa realista deva respeitar, o tanto quanto possível, a lógica subjacente da abordagem de tolerância zero. Isso significa começar com o pressuposto de que as empresas têm a obrigação de combater a corrupção nas contratações públicas, não só em razão dos governos com os quais lidam, mas também em razão dos membros das sociedades representados por esses governos. Isso também significa: que o remédio legal pela violação dessa obrigação deva expressar a condenação social da conduta do infrator; proteger o governo e o público em geral de qualquer dano que possa fluir de execução desses contratos; impedir

violações semelhantes e seus danos associados; e manter a integridade do sistema legal.”¹.

A relevância desse pensamento está em demonstrar que, apesar de as ações de improbidade administrativa atualmente estarem imiscuídas em um cenário de conhecida beligerância entre órgãos de controle, agentes públicos e entidades privadas, fato é que isso não deve servir (i) de obstáculo à individual e específica responsabilização dos requeridos e (ii) de motivo para que, a pretexto de juízo de valor formado pela incessante repercussão midiática, haja qualquer influência na convicção prévia do julgador na direção de não segregar condutas e, por consequência, enquadrar todos os réus sob um mesmo manto de suspeita na prática de atos ímprobos.

Assim, deve-se incentivar uma cultura de controle que diferencie o joio do trigo, que respeite as nuances próprias da prevenção e repressão à corrupção, a fim de que a responsabilidade de cada empresa seja atribuída na proporcionalidade de sua verdadeira culpabilidade.²

Especificamente no âmbito das sociedades empresariais, é ressabido que o elemento subjetivo da conduta de uma pessoa jurídica somente pode ser verificado a partir de atos praticados por seus representantes. É neste âmbito que os esforços preventivos e repressivos aos desvios de conduta, encampados pela sociedade empresarial, devem ser considerados quando da análise proporcional de sua culpabilidade.

Nesse esteio, a individualização da conduta imputada, bem como da pena, a tipicidade e a proporcionalidade na aplicação da sanção devem imperar. Não se pode jamais infringir garantias fundamentais sob a pretensão de uma suposta eficiência, ou em respostas a clamores midiáticos, buscando-se uma “resposta” rápida e contundente, com o propósito de, a pretexto de se fazer justiça célere, atribuir-lhe pena que não é devida ou que ultrapasse os

¹ DAVIS, Kevin E. Civil remedies for corruption in government contracting: zero tolerance versus proportional liability. *New York University Law and Economics Working Papers*, Apr/2009, p. 36 (tradução livre).

² Idem, p. 26-36, 49.

limites de sua responsabilidade, ignorando o procedimento investigatório adequado e necessário.

No ímpeto de buscar o maior número de punições possível, partindo-se aparentemente do pressuposto de que a grande maioria dos contratos celebrados pela Administração Pública são permeados por práticas corruptas, os legitimados para a propositura da ação de improbidade administrativa vêm promovendo sucessivas ações perante o Poder Judiciário – algumas vezes de modo pouco responsável ou técnico, confundindo irregularidade com improbidade, a partir de investigações rasas, qualificando como réus sujeitos que não tiveram envolvimento direto em práticas ilícitas.

É certo que o combate à corrupção no país tem importância fundamental. É necessário, relevante e consoante ao interesse público. Entretanto, deve ser buscada a responsabilização dos sujeitos que, efetiva e comprovadamente, tiveram algum tipo de envolvimento em atos que provocaram o dano ao erário.

É inadmissível cogitar-se a imposição de penalidade como mecanismo preventivo, buscando conferir a ela caráter exemplar, com o intuito de evitar delitos futuros, na ausência de provas robustas, ao passo que se violam garantias fundamentais. Esse tipo de atuação, além de irresponsável, é temerária e perigosa. Não se pode, sob a pretensão de combater a corrupção, instaurar uma caça às bruxas, em que acabam por ser penalizados sujeitos que não tiveram envolvimento direto em ato ilícitos.

Sob esse olhar, entende-se que, independentemente de fatores externos à ação de improbidade administrativa, como pressões populares e midiáticas, o devido processo legal é direito dos requeridos e, para tanto, é dever que somente aspectos técnico-jurídicos sejam levados em consideração. Nesse sentido, é comum que as petições iniciais não imputem e não comprovem a existência de um ato ímprobo em face dos requeridos, razão essa que, se configurada, levará à inarredável conclusão de ausência de justa causa para a propositura da ação de improbidade administrativa.

3. A verificação da justa causa no juízo de prelibação (admissibilidade) do §8º do artigo 17 da Lei de Improbidade Administrativa (LIA) como garantia do requerido

A ação civil pública por ato de improbidade representa poderosa ferramenta de combate a práticas reprováveis no exercício de funções públicas. As graves penalidades aplicáveis aos envolvidos e as severas medidas de intervenção patrimonial (como o bloqueio cautelar de bens, por exemplo) justificam o **grande destaque para o exercício de controle sobre o manejo desta ação.**

Justamente pelo grande impacto que representa e pelas consequências causadas àqueles que respondem em juízo por ato de improbidade, a **fase de recebimento da petição inicial foi substancialmente recrudescida pela legislação.** Veja-se, por exemplo, que “a representação por ato de improbidade contra agente público ou terceiro beneficiário, quando o autor da denúncia o sabe inocente” é tipificada como crime (artigo 19, Lei de Improbidade Administrativa).

O rito processual para o recebimento da ação possui variações próprias. Exige-se que o magistrado realize um **rigoroso juízo de admissibilidade**, a fim de evitar os excessos eventualmente perpetrados pelo autor da ação.

Neste contexto, os parágrafos 6º e 8º do artigo 17 da Lei de Improbidade Administrativa estabelece o seguinte:

Art. 17 [...] § 6º A ação será instruída com documentos ou justificação que contenham **indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas**, observada a legislação vigente, inclusive as disposições inscritas nos arts. 16 a 18 do Código de Processo Civil. [...]

§ 8º Recebida a manifestação, **o juiz**, no prazo de trinta dias, em decisão fundamentada, **rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita.** [grifou-se]

Esse dispositivo revela que a ação civil pública por ato de improbidade possui uma **condição adicional** quando em comparação com a propositura de ações comuns no âmbito cível. Trata-se do que comumente é denominado como a necessária **justa causa** para a ação. Vale ressaltar que tal elemento é traço distintivo de ação de improbidade administrativa, já que sua **característica sancionatória** impõe que, assim como em outras espécies de processo judicial (como o penal) em que se veicula pretensão sancionatória, haja um **rigoroso controle de imputação**.

A **petição inicial** deve trazer **elementos que comprovem a existência de indícios de ato ímprobo**, que permitam inferir a justa causa para o prosseguimento da ação contra cada um dos requeridos. Significa dizer, assim, que **não basta mera alegação de existência de ato de improbidade**, sendo que tal ato não poderá ser inferido de forma meramente indiciária ou indireta. O que se busca, nessas situações, é perceber, ainda em uma fase preliminar, que o ato ímprobo imputado está sustentado em conjunto probatório suficientemente idôneo a demonstrar sua existência.

Dito de outra forma, a petição inicial deve identificar qual a participação concreta ou qual o ato ímprobo praticado por cada um dos requeridos. Caso não exista qualquer prova indiciária para a sua inclusão no polo passivo, a **ilegitimidade passiva** do requerido será flagrante, pois deverá ser verificada a **inexistência de justa causa**, o que, por consequência, também demonstra a **falta de interesse de agir do autor**.

A existência de justa causa para a propositura da ação deve ser aferida durante o **juízo de admissibilidade da petição inicial**, também denominado por **juízo de prelibação**. Nesta etapa processual, os réus já se manifestaram previamente sobre o cabimento da demanda. Por meio de **manifestação prévia**, portanto, o réu em ação de improbidade administrativa pode justificar e requerer a rejeição sumária da demanda, nos termos do parágrafo 8º do artigo

17 da Lei de Improbidade Administrativa.³ Esta **rejeição pode ocorrer integral ou parcialmente**, ou seja, a ação pode seguir em relação aos demais demandados e ser rejeitada em relação à participação de algum requerido no polo passivo da ação, **naturalmente porque o litisconsórcio passivo é facultativo e simples.**

Caso o magistrado esteja “convencido da inexistência de ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita”, o ordenamento jurídico brasileiro determina que seja rejeitada a ação civil pública, por ausência de justa causa. Veja-se que o referido dispositivo vale-se da conjunção “ou” para elencar as causas de rejeição da demanda. Isto significa que, mesmo nas hipóteses em que não é possível confirmar a inexistência do ato de improbidade, a petição inicial pode ser rejeitada.

Nesses casos, a ação civil pública por ato de improbidade deve seguir **apenas em face daqueles que se encontram verdadeiramente abrangidos pelo conjunto probatório anexado à demanda no caso concreto.**

Em relação às **demais pessoas potencialmente responsáveis** pela cobertura dos danos causados, como as instituições bancárias que concederam garantia sobre os potenciais danos ao contrato, por exemplo, a busca pela reparação deve ocorrer por ação comum. Referido artigo de lei não pode ser usado sem lastro, sem qualquer parâmetro razoável, sob pena de responsabilização ilimitada.

A propósito, a conclusão de que é inadequada a condenação ao ressarcimento de danos ao erário quando a ação civil pública por ato de improbidade é imprópria representa um entendimento já acolhido na jurisprudência⁴. Esse entendimento se sustenta no fundamento de que **a integração no polo passivo** de ação civil pública por ato de improbidade, **por si só**, é fato que gera **danos à reputação do requerido**, não sendo razoável

³ Art. 17. [...] § 8º Recebida a manifestação, o juiz, no prazo de trinta dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita.

⁴ TRF-4 - AC: 34007420044047100 RS 0003400-74.2004.404.7100, Relator: Marga Inge Barth Tessler, Órgão Julgador: Quarta Turma, Data de Julgamento: 09/02/2011

manter pessoas sem qualquer relação direta ou indireta, no polo passivo dessas ações, apenas por economia processual ou para futura averiguação de fatos e provas.

A rejeição da demanda em relação a qualquer dos requeridos é medida que se impõe quando a propositura da ação civil pública por ato de improbidade administrativa é descabida, notadamente quando a simples leitura da petição inicial e de seus documentos anexos é suficiente para se concluir que a demanda deve ser rejeitada em razão da ausência de elementos comprobatórios ou indiciários mínimos contra o requerido. **Isto é, a ausência de justa causa se configura e deve resultar na rejeição da petição inicial** quando não há imputação específica de fatos que indiquem a prática de ato de improbidade pelo requerido, assim como quando não há um conjunto probatório hábil a demonstrar, mesmo que indiciariamente, a prática de um determinado ato, ou ainda, quando não há elementos indicativos sobre a má-fé do agente público ou privado (na condição de beneficiário).

Neste cenário, o magistrado tem o dever de não receber a ação, uma vez que não será possível verificar se a conduta realmente é reprovável e se existe nexo de causalidade com o dano ocasionado ao erário ou aos princípios administrativos. Seu dever se fundamenta, também, na incumbência de controle que deve haver sobre as relações jurídicas que constituam exercício de poder sancionador.

As alegações contra cada requerido não podem ser fundadas em suposições ou alegações genéricas, destituídas de qualquer prova ou indício, até porque esta estratégia obstaculiza o direito de defesa. Nem mesmo se pode aceitar que, diante de um contexto de clamor público quanto ao cenário político e quanto ao histórico de corrupção no país, seja aceita uma ação de improbidade administrativa como mero mecanismo de justicialidade, e não de justiça.

Em relação a esse último ponto é que se enfatiza a **usual existência de tensão entre *garantismo e efficientismo***, dois extremos que levam a uma situação em que, de um lado, existe o pleno dever do Estado em preservar as

garantias fundamentais de qualquer cidadão e, de outro, uma intensa vontade de oferecer respostas rápidas para casos de notório conhecimento público. Esses dois extremos, como bem se sabe, convivem em constante confronto e, em momentos como o presente, deve-se esperar que as garantias constitucionais sejam preservadas, de modo a possibilitar que imputações infundadas sejam rejeitadas, a despeito do cenário em que estejam inseridas.

É necessário que alguma **conduta específica e individualizada** seja atribuída ao réu, acompanhada da fundamentação de sua ilicitude e de provas indiciárias sobre a culpa (em caso de dano ao erário) ou dolo (em casos de enriquecimento ilícito ou violação dos princípios administrativos).

É neste contexto que a **comprovação de justa causa** deve ser elevada à categoria de **condição da ação civil pública por ato de improbidade**. Do contrário, restará ausente o interesse processual e, por conseguinte, será inadmissível aceitar o processamento e julgamento do pedido em face do requerido.

Como as ações de improbidade administrativa exigem a justa causa para que possam ser recebidas, o **autor** tem o **dever** de apresentar as questões de fato que comprovem, no mínimo, **indícios da existência da conduta ímproba ou do benefício doloso**. E o conjunto probatório mínimo **deve ser coletado em etapa prévia à propositura** da ação.

Enfatiza-se a necessidade de um conjunto probatório mínimo porque a ação civil pública por ato de improbidade administrativa não pode ser instrumento para a realização de **uma perquirição probatória integral**. A própria LIA exige apuração administrativa ou mesmo policial prévias à propositura da ação de improbidade administrativa, conforme se depreende dos artigos 14, 15 e 22.

Nessa linha de raciocínio, a **legitimidade passiva dos requeridos não pode ser deduzida simplesmente a partir da verificação de sua participação indireta em processo administrativo** que carrega indícios de ato de improbidade administrativa. Os efeitos da litispendência decorrentes da

ação de improbidade administrativa são de tal forma severos que não podem ficar sujeitos ao alvitre do autor da demanda. Daí outra justificativa para se perquirir de forma rigorosa a justa causa.

A rejeição da demanda não objetiva somente impedir que ações temerárias, que tenham como objeto um ato de improbidade administrativa flagrantemente inexistente, tramitem contra agentes públicos. A **rejeição sumária da demanda** também tem o propósito de **evitar a inclusão imprópria de algum requerido**, ainda que a ação contenha indícios probatórios de ato de improbidade praticados por outros agentes.

Caso fosse admitida como suficiente uma frágil correlação, os autores de uma ação de improbidade administrativa teriam o dever de incluir no polo passivo, por exemplo, todos aqueles que celebraram contrato de mão-de-obra, de fornecimento de bens, de garantia ou de prestação de serviços com o consórcio durante a execução do contrato administrativo – ou seja, todos aqueles que, de alguma forma, direta ou indireta, auferiram qualquer benefício com a existência de uma contratação investigada.

Justamente por isso, **a comprovação indiciária de má-fé é uma condição para a integração do polo passivo de ação civil pública por ato de improbidade.**

Nesse ponto, convém **ressaltar dois equívocos que frequentemente são cometidos pelos autores de ações civis públicas por ato de improbidade administrativa.**

O primeiro deles diz respeito à imprecisão fática quanto à imputação formulada em face dos requeridos, sobretudo em relação à participação no ato e à aferição de valores supostamente indevidos decorrentes de atos de corrupção. **A generalidade com que frequentemente são feitas as acusações** nesse tocante prejudicam a caracterização da justa causa, uma vez que o espaço reservado para a demonstração de que os requeridos concorreram ou se beneficiaram dolosamente de ato de improbidade administrativa é usualmente ínfimo na petição inicial, o que revela a imprecisão

na definição de suas condutas. Além disso, a suposta responsabilidade às vezes não é descrita de forma autônoma, mas atrelada a atos imputados a outro requerido, o que também inviabiliza o prosseguimento da ação.

O segundo dos elementos é a forma com que o pedido de condenação é frequentemente apresentado. Diante da **zona cinzenta** em que os fatos e os atos são imputados, há usualmente um pedido de responsabilização solidária para ressarcimento de valores **que muitas vezes não dizem respeito, em absoluto, aos requeridos, pois decorrentes de contratos administrativos estranhos ao conhecimento ou à participação dos requeridos**, sem qualquer individualização do montante devido por cada um dos réus. Ou ainda, **dizem respeito a casos em que, no máximo, haveria alguma irregularidade administrativa, o que jamais ensejaria o dever de ressarcimento, sob pena de enriquecimento sem causa da Administração Pública**

Esses vícios, quando presentes, militam favoravelmente à conclusão de que **a ação civil pública por ato de improbidade proposta não atende às condições mínimas para o seu prosseguimento**. Nesses casos, por ausência de elementos que comprovem a justa causa, a decisão entendida como a mais adequada e conforme o ordenamento jurídico brasileiro seria a **rejeição da ação** em relação à Consulente.

4. Doutrina e Jurisprudência sobre a necessidade e os elementos caracterizadores da justa causa

A doutrina busca conferir aspecto sensivelmente garantista à ação de improbidade administrativa, especialmente pelo seu caráter sancionador. Como resultado, assevera-se frequentemente a impossibilidade de imputações genéricas e não amparadas em prova indiciária, por adequada interpretação do artigo 17, §6º da Lei de Improbidade Administrativa. Nesse sentido, DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES indica que:

“A formulação de petição inicial na qual não se tipifica a conduta do réu é inepta e deve ser indeferida, quando muito permitir-se a emenda para que o autor saneie o vício e evite a extinção

15

terminativa. **Fundamentação jurídica é indispensável e, no caso da improbidade administrativa, isso significa tipificação da conduta** (...) Fundamento jurídico é o liame jurídico entre os fatos e o pedido, ou seja, é a explicação à luz do ordenamento jurídico do porquê de o autor merecer o que está pedindo diante dos fatos que narrou, não se confundindo, portanto, com fundamento legal”⁵. (grifou-se)

Exatamente por esses motivos e por conta do conturbado cenário no qual se inserem as ações de improbidade administrativa contemporâneas, a melhor medida para imprimir justiça é exigir que a legalidade presida qualquer atuação judicial, respeitando-se as garantias fundamentais dos acusados.

Sobre o assunto, CÉSAR ASFOR ROCHA ensina que a demonstração de justa causa para a propositura é uma exigência própria das ações civis públicas por ato de improbidade. Leia-se:

“(…) nas ações em que a pretensão do autor **é a imposição de uma penalidade ou a aplicação de uma sanção**, faz-se a exigência de um quarto elemento, adicional àqueles três, qual seja, a **justa causa**. (...)”

Pois essa exigência (a da justa causa) e **esse cortejo de efeitos também se fazem presentes na análise da inicial da ação por ato de improbidade administrativa** (e de todas as ações sancionadoras), que **deverá trazer no seu contexto a demonstração da seriedade e da consistência da promoção, mostrando – não apenas com esforço narrativo, mas com elementos materiais seguros e confiáveis – a materialidade do ilícito que se aponta e indicando, também com dados suficientes, seguros e sérios, quem seja o seu praticante**; pode-se afirmar que sem essa demonstração objetiva, não estará satisfeita a exigência da junta causa”⁶. [Grifou-se]

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça tem pacificado a discussão acerca da **necessidade de provas concretas** capazes de demonstrar a

⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende de. *Manual de improbidade administrativa*. São Paulo: Método, 2012, pp. 190-191.

⁶ ROCHA, Cesar Asfor. *Breves reflexões críticas sobre a Ação de Improbidade Administrativa*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012, p. 24 e 28.

conduta e o nexa causal para a configuração do ato de improbidade administrativa.⁷

Ou seja, quando a pretensão do autor corresponder à imposição de uma penalidade ou a aplicação de uma sanção, conferindo-lhe o caráter de acusação, é imprescindível que o autor forneça o mínimo de prova para dar amparo à sua alegação. Este conjunto probante mínimo é que se denomina “justa causa”. Esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Confira-se o seguinte precedente:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE NO ACÓRDÃO RECORRIDO. RECEBIMENTO DA INICIAL. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO. PRESENTES INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA E EXISTÊNCIA DA CONDUTA DESCRITA COMO ÍMPROBA. NECESSIDADE DE NOTIFICAÇÃO PRÉVIA. COMPARECIMENTO ESPONTÂNEO PARA APRESENTAÇÃO DE DEFESA PRELIMINAR. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO.

1. As ações judiciais calcadas em dispositivos insertos no domínio do Direito Sancionador devem observar um procedimento que lhes é peculiar, como é o caso da Ação de Improbidade Administrativa, que seguirá obrigatoriamente rito próprio.

2. Além das formalidade previstas no art. 282 do CPC, a petição inicial da Ação de Improbidade Administrativa deve ser instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes de autoria e de existência do ato de improbidade, ou seja, não de se lastrear em justa causa.

3. Ao receber a inicial, cabe ao Magistrado fundamentar as razões preliminares de sua decisão que demonstrem a existência de justa causa; tal fundamentação se baseará em juízo sumário de admissibilidade, não sendo necessária, nessa fase, prova incontestável do ato de improbidade, como se exigirá para o eventual juízo condenatório futuro. [...]⁸

Repita-se que, diante da gravidade das consequências jurídicas, sociais, morais e patrimoniais que decorrem do ajuizamento de uma ação de

⁷ REsp 1023904/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/06/2010, DJe 03/08/2010

⁸ STJ; REsp 1153853 / RJ; 2009/0149730-1; Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO; Órgão Julgador PRIMEIRA TURMA; Data do Julgamento 03/09/2013; Data da Publicação/Fonte DJe 24/09/2013.

improbidade administrativa, **não se pode permitir** que o autor planeje dela utilizar-se como uma **expedição exploratória**, para a partir dela coletar eventuais indícios da existência de atos de improbidade administrativa.

Nesse sentido, é oportuna a lição de CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, que se refere à necessidade de que as provas acompanhem a petição inicial, especialmente e com mais vigor nos casos de ação civil pública por ato de improbidade administrativa:

A 'legislação vigente' referida pelo final do dispositivo é suficientemente clara, de qualquer sorte, quanto à **necessidade de as provas dos fatos alegados na petição inicial já acompanharem a prática daquele ato**. Claros neste sentido não só o art. 283 do Código de Processo Civil mas também os arts. 396 e 397, que **só admitem a juntada de documentos depois da petição inicial (e da contestação) quando forem novos, assim entendidos aqueles '[...] destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados, ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos. [...]**'

[...] 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”⁹. [grifou-se]

É necessário, portanto, que o autor já tenha realizado a tarefa que lhe cabe, no sentido de já ter incorporado à exordial os elementos que permitam a constatação da tipicidade da conduta e a viabilidade da acusação.

5. Conclusões: limites do *in dubio pro societate* e o juízo de prelibação como garantias do requerido na ação de improbidade administrativa

⁹ BUENO, Cássio Scarpinella. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 144-145.

O STJ tem jurisprudência consolidada no sentido de que “[a] presença de indícios de cometimento de atos ímprobos autoriza o recebimento fundamentado da petição inicial nos termos do art. 17, §§ 7º, 8º e 9º, da Lei n. 8.429/1992, devendo prevalecer, no juízo preliminar, o princípio do *in dubio pro societate*.”.¹⁰

Por mais que se possa dizer que haveria uma tendência favorável ao recebimento da petição inicial, pois vigeria o princípio *in dubio pro societate*, essa presunção deve ser relativizada quando se está diante de hipótese que os documentos que acompanham a exordial não permitem extrair sequer uma perspectiva de existência do ato de improbidade administrativo imputado.

O princípio *in dubio pro societate* não significa que o eventual arrolamento impróprio de determinados requeridos deva ser tolerado pelo juízo. Caso contrário, se houvesse a prevalência irrestrita do princípio do *in dubio pro societate*, não haveria razão de existir a rigorosa etapa de admissibilidade da petição inicial.

É dizer, **o benefício social da dúvida somente socorrerá o autor** nos casos em que a petição inicial contiver a correta **individualização das condutas** do requerido, a fundamentação jurídica sobre a sua ilicitude e os **indícios probatórios suficientes para causar dúvida razoável sobre a sua legitimidade passiva**.

¹⁰ Precedentes: AgRg no AREsp 604949/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 05/05/2015, DJe 21/05/2015; AgRg no REsp 1466157/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 18/06/2015, DJe 26/06/2015; REsp 1504744/MG, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 16/04/2015, DJe 24/04/2015; AgRg nos EDcl no AREsp 605092/RJ, Rel. Ministra Marga Tessler (Juíza Federal Convocada do TRF 4ª Região), Primeira Turma, julgado em 24/03/2015, DJe 06/04/2015; AgRg no AREsp 612342/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 05/03/2015, DJe 11/03/2015; AgRg no AREsp 444847/ES, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 05/02/2015, DJe 20/02/2015; AgRg no REsp 1455330/MG, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 16/12/2014, DJe 04/02/2015; REsp 1259350/MS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 22/10/2013, DJe 29/08/2014; AgRg no AREsp 318511/DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 05/09/2013, DJe 17/09/2013; AgRg no AREsp 268450/ES, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 19/03/2013, DJe 25/03/2013; AREsp 531550/SP (decisão monocrática), Rel. Ministra Assusete Magalhães, julgado em 05/03/2015, DJe 05/03/2015.

Inclusive, a aplicação do princípio do *in dubio pro societate*, no caso de quem é beneficiado por suposto ato de improbidade, está diretamente condicionado à existência de indícios de que esta pessoa agiu com má-fé. Isso porque, inexistindo indícios materiais sobre a conduta imprópria do terceiro beneficiado, inexistindo o apontamento individualizado das condutas por ele praticadas, inexistente também dúvida sobre o cabimento da ação, impondo-se a sua rejeição de plano.

Tome-se como referência o teor do voto do desembargador relator, acolhido por unanimidade, no Agravo de Instrumento nº 5010092-41.2016.404.0000, que tramita perante o **Tribunal Regional Federal da 4ª Região**, em ação civil pública por ato de improbidade relacionada a fatos investigados na **Operação Lava Jato**. Na ocasião, o relator entendeu que, pela insuficiência do conjunto probatório, **“a dúvida existente quanto à intenção do agravado de contribuir para a perfectibilização do esquema criminoso investigado pela autoridade policial, na forma como estabelecida pelos elementos dos autos, é capaz de afastar a incidência do princípio do *in dubio pro societate*, indicando a solução da questão por meio do acolhimento da dúvida em benefício do réu.”** [Grifou-se]¹¹.

Raciocínio semelhante pode ser aplicado a uma situação em que um contratado requer à Administração Pública um determinado benefício, como, por exemplo, um aditivo contratual para reequilíbrio econômico-financeiro, e este lhe é concedido, ainda que juridicamente indevido. Neste caso, se ausente a comprovação de indícios de má-fé do particular, não há que se falar em legitimidade passiva para responder à ação de improbidade administrativa.

O próprio STJ já referendou o posicionamento de que **não se aplica o princípio do *in dubio pro societate* e que é correta a rejeição da petição inicial quando não se comprovarem indícios de que a conduta do agente careceu de boa-fé**. Na ocasião, qualificou-se como correto o entendimento de que “[r]equerer um benefício, ainda que sem amparo em direito, deve levar ao indeferimento da pretensão pela Administração, e não à submissão do

¹¹ TRF4, AG 5010092-41.2016.404.0000, Terceira Turma, Relator Fernando Quadros da Silva, julgado em 28/06/2016

requerente à gravosa situação de figurar no pólo passivo de ação por improbidade administrativa".¹²

Conclusão idêntica tem lugar quando não há indícios de que uma determinada empresa agiu com má-fé quando se beneficiou financeiramente de ato de improbidade cometido por autoridade administrativa.¹³ A imperiosidade da rejeição da ação, em relação a tal empresa, não é abalada mesmo se existirem indícios probatórios de que outra empresa, seja ou não sua consorciada, eventualmente tenha concorrido ou induzido a prática do ato ímprobo. Em situações como essas, o princípio do *in dubio pro societate* não será aplicável e a rejeição da ação tornar-se-á imperativa.

Portanto, o princípio do *in dubio pro societate* não impõe ao juízo o arrolamento impróprio ou inadequado de determinados requeridos. Em verdade, se tal raciocínio realmente norteasse a ação do Judiciário, seria despropositada a fase de apreciação da admissibilidade da petição inicial.

Frente a isso, resta concluir que, para além do critério jurisprudencial do *in dubio pro societate*, a presunção daí extraída não pode servir de “cheque em branco” para recebimento da petição inicial. O convencimento judicial precisa se circunscrever a uma margem de controle das partes, de modo que aquela presunção somente incidiria na hipótese de as provas preliminares demonstrarem indícios de ocorrência do fato imputado.

Conforme destacou-se, apesar da celeridade com que os processos judiciais de improbidade administrativa devam tramitar, não se pode descuidar em nenhum momento da observância dos direitos e garantias de defesa dos requeridos, sob pena de uma desejada eficiência judicial se sobrepôr ao conjunto de garantias que inafastavelmente devem ser asseguradas no transcurso da ação de improbidade administrativa, implicando em um ataque frontal às bases materiais do Estado Democrático de Direito.

A análise judicial escoreta sobre a procedibilidade da ação de

¹² STJ, REsp 1127438/PI, Segunda Turma. Relator: Min. Castro Meira. Data: 18/02/2011

¹³ Cf. BARBOZA, Márcia Noll (coord). *Cem perguntas e respostas sobre improbidade administrativa: incidência e aplicação da lei n. 8429/1992*. Brasília: ESMPU, 2008, p. 36.

improbidade administrativa – existência de justa causa, oferecimento de defesa prévia pelo requerido e juízo de prelibação – não deve jamais ser olvidada, inobservada ou flexibilizada em nome de uma eficiência judicial destinada a imprimir celeridade ao processo judicial, sendo indispensável que o juízo de prelibação (admissibilidade) não somente exista (dimensão garantista formal), mas que resulte em uma decisão fundamentada em que reste explícita e motivada a existência da justa causa, considerados integralmente todos os argumentos inseridos na defesa prévia do requerido (dimensão garantista material).

Referências bibliográficas

BARBOZA, Márcia Noll (coord). *Cem perguntas e respostas sobre improbidade administrativa: incidência e aplicação da lei n. 8429/1992*. Brasília: ESMPU, 2008, p. 36.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 144-145.

DAVIS, Kevin E. Civil remedies for corruption in government contracting: zero tolerance versus proportional liability. *New York University Law and Economics Working Papers*, Apr/2009

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende de. *Manual de improbidade administrativa*. São Paulo: Método, 2012, pp. 190-191.

ROCHA, Cesar Asfor. *Breves reflexões críticas sobre a Ação de Improbidade Administrativa*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012, p. 24 e 28.